الجزء الخامس

# شرح المجلة

تأليف

العلامة الكبير والفقيه المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبق

محمد خالد الأتاسي

عني باتمام ما فات المؤلف نشره من المواد وبابرازه الى عالم المطبوعات ولده مفتي حمص الحالي

محمد طاهر الأتاسي

مكتبة رشيدية سركي روڈ - كوئٹه

مكتبة حقانية، پشاور فون: ٢٢٠٤٩٣

جـ ٥

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله حق حمده ، والصلاة والسلام على نبيه وعبده ؛
وعلى آله وصحبه والتابعين وتابعيهم من بعده ، امين

# الكتاب الرابع عشر

# في الدعوى

— ويشتمل على مقدمة وفصلين —

## — المقدمة —

## في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالدعوى

**المادة ١٦١٣** — الدعوى هي طلب احد حقه من آخر في حضور الحاكم ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه

الدعوى اسم وليس بمصدر والفعل ادعى والمصدر ادعاء والف الدعوى للتأنيث فلا تنون وتجمع على دعاوي بكسر الواو على الاصل وبفتحها محافظة على الف التأنيث قبل الفتح اولى وقبل الكسر وقيل هما سواء ومثله الفتوى والفتاوي بحر عن المصباح وما في الكافي والعيني من انه بالفتح لا غير تعقبه غرمي بقوله وممن صححه بالفتح والكسر ابن الشحنة في شرح الوهبانية ( ابو السعود )

ج ــ ٥

والدعوى لغة اضافة الشيء الى نفسه مطلقاً سواء كان في حالة المنازعة اولا وشرعاً كما في الكنز وغيره اضافة الشيء الى نفسه حال المنازعة فقط فاضافة الرجل شيئاً الى ملكه ، ولا منازع له فيه تسمى دعوى لغة لا شرعا. وتعريفها بانها طلب احد حقه من اخر الخ كما في هذه المادة تبعاً للتنوير ، اغني عن التقييد بكونها حالة المنازعة ، لان الطالب من الاخر يشعر بانه هو المنازع ولم يقل هنا كما قال في التنوير قول مقبول يقصد به طلب حق قبل غيره الخ ليشمل ما اذا لم يقدر على الدعوى بالقول فان كتابته حينئذ تكفي لما في التكملة عن خزانة المفتين ولو كان المدعي عاجزاً عن الدعوى عن ظهر القلب يكتب دعواه في صحيفة ويدعي بها فتسمع دعواه اه . قال في مجمع الانهر : وفيه اشارة الى انه لو كتب صورة الدعوى بلا عجز عن تقريرها لا تسمع كما في القهستاني اه .

قيل ان التعريف المذكور في هذه المادة ، غير جامع اذ يخرج عنه دعوى دفع التعرض فانها صحيحة مسموعة ، مع انه لا يطلب فيها حق من آخر قال في التكملة عازيا الى البزازية والفتوى على ان دعوى دفع التعرض صحيحة فانه ذكر في الجامع الصغير : ارض يدعيها رجلان كلٌ يقول في يدي لا يقضى باليد لواحد منهما ولو اقر احدهما باليد لاخر لا يقضى له به ولو برهن احدهما باليد يقضى له باليد ، لانه قام على خصم لنزاعه له في اليد . دل هذا على ان دعوى دفع التعرض، مسموعة لعدم ثبوت اليد للآخر اه واجيب بان هذا مسلم لو اريد بالحق الذي يطلبه المدعي الامر الوجودي كأن يقول هذا المال لي اريد ان يسلمه اليَّ فلو اريد ما يعم الوجودي وهو هذا والعدمي — كان يقول لا حق لهذا في مالي واثبت كونه ذا يد عليه واطلب ان لا يتعرض لي فيه ، لم يحتج الى هذه الزيادة لان عدم التعرض حق ، لكنه عدمي اه . ملخصاً من الدر وحواشيه وقد ظهر مما تقدم عن البزازية ان دعوى دفع التعرض عبارة عن اثبات يده على الشيء بالبينة الشرعية في وجه من ينازعه فيها ليدفع تعرضه له وان نتيجة الحكم له باليد ليس الا دفع تعرض المنازع له بغير حق فما دام لا حجة له ، فهو ممنوع عن التعرض حتى يجد

حجة فيتعرض بها وعليه فالحكم لمدعى اليد بكون اليد له مانع للمقضي عليه من الخصومة في اليد المحكوم بها وكفى بهذا فايدة للحكم فما نقله في التكملة عن الحموي من انه لا فائدة هذا الحكم وكذا ما اجاب عنه في التكملة ساقطٌ فافهم وهذا بخلاف دعوى قطع النزاع بينه وبين غيره فانها لا تسمع كما في الدر وحقيقتها كما في التكملة عن فتاوى قارى، الهداية ان يطلب من القاضي قطع النزاع بينه وبين شخص ان كان له حق فليطالبه به والا يشهد عليه انه لا يستحق عليه شيئاً من الحقوق فلا تسمع هذه الدعوى لان المدعي لا يجبر على الدعوى لان الحق له ثم ان المراد بالحاكم في قوله هنا في حضور الحاكم ما يعم المحكم فيما يجوز به التحكيم بشروطه الآتية في كتاب القضاء. وعبارة الملتقى مع شرحه مجمع الانهر هي اي الدعوى اخبار عند القاضي او المحكم فانه شرط كما في الكافي وغيره اه . ثم ان المدعي كما في الكنز والغرر والملتقى والتنوير ، من اذا تَرك تُرك والمدعى عليه بخلافه وهو بمعنى قول القدوري ان المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر عليها اذا تركها

وقوله يقال للطالب المدعي وللمطلوب المدعى عليه فيه نوع اشارة الى هذا الحد لان الطالب من حيث انه طالب غير مجبور على الخصومة والمطلوب من حيث انه مطلوب مجبور عليها تأمل قال الزيلعي تبعاً للهداية وقد اختلف عبارة المشايخ في حده فمنها ما ذكر هنا يعني في متن الكنز وهو حد صحيح لكونه جامعاً للحدود ومانعاً من دخول غيره فيه وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد . وقيل المدعي من يلتمس خلاف الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر . وقيل المدعى من يشتمل كلامه على الاثبات فلا يصير خصماً بالتكلم بالنفي فان الخارج لو قال لذي اليد هذا الشي، ليس لك لا يكون خصماً ومدعياً ما لم يقل هو لي والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي فيكتفى به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصماً بهذا القدر وقوله هو لي فضلة في الكلام غير محتاج اليه وقيل كل من يشهد بما في يد غيره لنفسه ، فهو مدع وكل من يشهد

بما في يد نفسه لنفسه فهو منكر ومدعى عليه وكل من يشهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من يشهد بما في يده لغيره فهو مقر اه . وتمامه فيه ومن اراد الوقوف على انتقاض هذه الحدود جمعا او منعا فعليه بشروح الهداية وقد علمت ان الحد الصحيح ما ذكر في الكنز وغيره تبعا للقدوري وانما اختلفت عبارات المشايخ في حده ، لان معرفة الفرق بين المدعي والمدعى عليه من اهم ما ينبني عليه مسائل الدعوى كما في الزيلعي والهداية قال قاضي زاده فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي واليمين على من انكر والانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتها اه .

**المادة ١٦١٤ — المدعى هو الشيء الذي ادعاه المدعي ويقال له المدعى به ايضاً .**

وفي طلبة الطلبة ولا يقال مدعى فيه وبه وان كان تتكلم به المتفقهة الا انه مشهور فهو خير من الصواب المهجور حموي وحينئذ يستغنى عما قيل من ان الادعاء يتضمن معنى الاخبار فيعدى بالباء . كذا في حاشية ابي السعود .

**المادة ١٦١٥ — التناقض هو سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه اي سبق كلام موجب لبطلان دعواه .**

التناقض لغة التدافع يقال تناقضا اي تدافعا كأن كل واحد منهما نقض الآخر . وفي كلامه تناقض اذا كان بعضه يقتضي ابطال بعض ( مصباح ) وهو اعم من معناه الاصطلاحي فانه تدافع المدعي في كلامه بين يدي القاضي كما هو صريح هذه المادة وهل يشترط كون كل من الكلامين المتدافعين ، عند القاضي قيل نعم واختاره صاحب النهر لان متعلق التناقض هو الدعوى ومن شروطها أن تكون لدى القاضي وقيل يكفي ان يكون الكلام الثاني عند القاضي

لان به التناقض واختاره صاحب البحر وفي شرح المقدسي ينبغي ان يكفي كون احدهما عند القاضي بل يكاد ان يكون الخلاف لفظيا لان الذي حصل سابقا على مجلس القضاء لا بد ان يثبت عنده ليترتب على ما عنده حصول التناقض والثابت بالبيان كالثابت بالعيان فكانهما في مجلس القاضي فالذي شرط كونها في مجلسه يعم الحقيقي والحكمي في السابق واللاحق اه . اقول واستظهر العلامة ابن عابدين في حاشيته عـلى البحر ترجيح عدم اشتراط كون الكلامين عند القاضي وظاهر كلامه وكلام المقدسي انه لو كان الكلام الاول فقط عند القاضي يثبت التناقض والمذكور في البحر انهم اختلفوا في اشتراط كون الكلامين عند القاضي فمنهم من شرطه ومنهم من شرط كون الثاني فقط عند القاضي ذكر القولين في البزازية ولم يرجح اه . وهو ظاهر في انه لم يقل احد منهم انه يكفي في حصول التناقض ، ان يكون الكلام الاول فقط عند القاضي فما قالاه مصادم للمنقول وان كان له وجه وجيه فليتأمل

والذي يظهر لي انه ان اريد بالتناقض التناقض بالدعوى وهو مـا يكون مانعا للقاضي من سماع دعوى المدعي من دون ان يكلف احـد المتخاصمين الى بينة او يمين ، فلا بد فيه من اشتراط كون الكلامين عنده كأن يدعي شخص لدى القاضي عينا في يد اخر بالشراء ، ثم يدعيها بالارث فان القاضي بمجرد دعواه يمنعه وان اريد به التناقض بالكلام وهو مـا يكون سببـا لرد دعواه بعد ان سمعها القاضي فشرطه ان يكون احد الكلامين فقط عنـد القاضي سواء كان الاول كان يدعي عليه عينـا ثم يطلب شراءها منه في غير مجلس القاضي او الثاني كان يدعي عليـه عينا ، وقد كان طلب شراءها منه قبل الدعوى فان هذا النوع من التناقض لم يمنع القاضي عن سماع دعواه ولهذا يكلف مدعي الكلام الثاني او الاول لاثباته بالبينة واذا عجز كان له تحليف منكره نعم هو سبب لرد دعواه بعد ثبوته بخلاف النوع الاول فانـه يمنع القاضي من سماع دعواه بمجرد كلاميـه المتدافعين لديه والذي يظهر لي ان التناقض نوعـان تناقض في الدعوى وهو ما يكون مانعا للقاضي من سماع دعوى المدعي بدون تكليف

احد المتخاصمين لبينة او يمين وهذا انما يتحقق اذا كان كل من الكلامين المتدافعين عند القاضي كان يدعي شخص لدي القاضي عينا في يد اخر بالشراء ثم يدعيها لديه بالارث فان القاضي بمجرد دعواه يمنعه من الدعوى لتناقضه فيها وهذا النوع هو المراد لمن اشترط كون الكلامين عند القاضي وتناقض في الكلام وهو مايكون سببا لرد دعواه بعد ان سمعها القاضي وهذا انما يتحقق اذا كان الكلام الثاني فقط عند القاضي كأن يدعي على اخر عينا بانها ملكه ارثاً له عن ابيه ثم اثبت المدعي عليه انه كان طلب شراءها منه قبل الدعوى فان القاضي يرد دعواه التي كان سمعها لانها متناقضة مع كلامه الاول وهذا هو المراد لمن اشترط كون الكلام الثاني فقط عند القاضي ومن تتبع المسائل والفروع المبنية على التناقض في كتب الفقهاء وجد بعضها مبنيا على النوع الاول منه وبعضها على النوع الثاني لا غير فان قيل ان رد القاضي دعوى المدعي بعد سماعها يتحقق اذا كان الكلام الاول فقط عند القاضي كان يدعي عليه عينا ثم قبل الحكم بطلب شراءها من المدعي عليه فان القاضي يرد دعواه مع انه لم يتحقق شرط التناقض وهو كون الكلام الثاني فقط عند القاضي فرجعنا الى ما اقتضاه كلام المقدسي وابن عابدين من انه يكفي ان يكون احد الكلامين سواء كان الاول او الثاني عند القاضي قلنا رد هذه الدعوى التي وجد فيها الكلام الاول فقط عند القاضي ليس للتناقض بل لرجوع المدعي عن دعواه بتكذيبه اياها الا ترى انه حين الدعوى لم يكن متناقضا بخلاف ما اذا كان الكلام الثاني عند القاضي فان رد دعواه بعد سماعها ليس الا لتناقضه حين الدعوى فتأمله جداً فانه دقيق .

# الباب الاول

## في شروط الدعوى واحكامها ودفعها

— ويشتمل على اربعة فصول —

## الفصل الاول

### في بيان شروط صحة الدعوى

المادة ١٦١٦ — يشترط ان يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين فدعوى المجنون والصبي غير المميز ليست بصحيحة ولكن يصح ان يكون اولياؤهما واوصياؤهما مدعين او مدعى عليهم في محلهما .

واذا لم يكن للصبي وصي وطلب المدعي من القاضي ان ينصب عنه وصيا اجابه القاضي الى ذلك ( تكملة ) وفي جامع احكام الصغار الدعوى من الصبي المحجور وعليه ، غير صحيحة اما الصبي المأذون له فدعواه صحيحة ان كان مدعيا وان كان مدعي عليه لجوابه ايضا صحيح اه . الصبي العاقل الماذون له يستحلف ويقضي عليه بالنكول ولا يستحلف الاب في مال الصبي والوصي في مال اليتيم ولا المتولي في مال الوقف ، الا اذا ادعى عليهم العقد فيستحلفون حينئذ زيلعي

وفي التكملة ذكر بعض المتاخرين ان حضرة الصغير عند الدعاوي شرط وفي جامع احكام الصغار ولو ادعى على صبي محجور شيئا وله

وصي حاضر لا يشترط حضور الصبي هكذا ذكر شيخ الاسلام ولم يفصل بينما اذا كان المدعى دينا او عينا وجب الدين بمباشرة هذا الوصي اولا . وذكر الناطفي في اجناسه اذا كان الدين واجبا بمباشرة هذا الوصي لا يشترط احضار الصبي · وفي ادب القاضي للخصاف اذا وقع الدعوى على المحجور عليه اذا لم يكن للمدعي عليه بينة ، فليس له حق احضاره الى باب القاضي لانه لوحضر لا يتوجه عليه اليمين لانه لو نكل لا يقضى بنكوله وان كانت له بينة وهو يدعي عليه الاستهلاك ، كان له حق احضاره ، لان الصبي مؤاخذ بافعاله والشهود يحتاجون الى الاشارة اليه فكان له حق احضاره ولكن يحضر معه ابوه حتى اذا لزم الصبي شيء يؤدي عنه ابوه من ماله اه .

المادة — ١٦١٧ يشترط ان يكون المدعى عليه معلوماً بناء عليه اذا قال المدعي لي على احد من اهل القرية الفلانية او على اناس من اهلها مقدار كذا لا تصح دعواه ويلزم عليه تعيين المدعى عليه .

لعدم امكان القضاء على مجهول وعن هذا افتى في الخيرية في جماعة يضربون بالبندق فاصابت بندقة منهم وجه صغير فبضعته ولم يعلم الضارب بعينه بانه حيث لم يعلم الضارب ولم يعين لا تسمع الدعوى على جميع الضاربين حيث لا يتصور الضرب منهم باجمعهم لان ذلك محال اه . وبمثله افتى في الحامدية .

المادة ١٦١٨ — يشترط حضور الخصم حين الدعوى واذا امتنع المدعي عليه من المجيء الى المحكمة وارسال وكيل عنه اليها فالمعاملة التي تجري في حقه ستذكر في باب القضاء

المراد من المحكمة هنا مجلس القضاء اي محل جلوس القاضي له

حيث اتفق ولو في بيت او دكان كما في التكملة وعبارة التنوير مجلس القضاء وحضور خصمه اه . فيؤخذ من مفهوم هذه المادة بيان الشرط الاول وهو مجلس القضاء. فان مجلس الدعوى في مجلس غيره ، لا تصح حتى لا يجب على المدعى عليه جوابه كما في الدرر ومن منطوقها بيان الشرط الثاني وهو حضور الخصم فانه لا يقضى على غايب كما في الدر ويأتي في القضاء وهل يحضر القاضي الخصم بمجرد الدعوى

قال في البحر : ان كان في المصر او قريباً منه بحيث لو اجاب يبيت في منزله نعم ، وان ابعد منه قيل يأمره باقامة البينة على موافقة دعواه لاحضار خصمه والمستور في هذا يكفي فاذا اقامها يأمر انسانا ليحضر خصمه وقيل يحلفه القاضي اي بالله انه صادق فيما يدعي فان نكل اقامه عن مجلسه وان حلف امر باحضاره اه . قال قاضيخان فاذا اقام البينة قبلت بينته للاشخاص اي الاحضار ، لا للقضاء. فاذا حضر اعاد البينة ثانياً فان عدلت قضى عليه كما في شرح ادب القاضي قال الشلبي وعمل قضاة زماننا على خلاف ما تقدم فاذا اتى لهم شخص فقال لي دعوى على شخص يأمرون باحضاره من غير ان يستفسروا المدعي عن دعواه ليعلموا صحتها من فسادها . وهذا منهم غفلة عما ذكروه او جهل به اه. قال في البحر ولم يذكر الشارحون هنا حكم استيفاء ذي الحق حقه من الغير بلا قضاء واحببت جمعه هنا من مواضعه تكثيراً للفوائد وتيسيراً على طالبها فان كان الحق حد قذف ، فلا يستوفيه بنفسه ، لان فيه حق الله تعالى اتفاقاً والاصح ان الغالب فيه حقه تعالى فلا يستوفيه الا من يقيم الحدود ولكن بطلب المقذوف كما بيناه في بابه وان كان قصاصاً فقال في جنايات البزازية قتل الرجل عمداً وله ولي ، له ان يقتضي بالسيف قضى به اولا ويضرب علاوته يعني رأسه ولو رام قتله بغير سيف منع وان فعل عزر ولكن لا يضمن لاستيفائه حقه اه . وان كان تعزيراً ففي حدود القنية . ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب ايضاً انهما يعزران ويبدأ باقامة التعزير بالبادي. منهما لانه اظلم والوجوب عليه

اسبق اه . واما اذا شتمه ، فله ان يقول له مثله والاولى تركه . وقالوا للزوج ان يؤدب زوجته وفي جامع الفصولين من التحليف ومن عليه التعزير لو مكن صاحب الحق منه اقامه اه وان كان عيناً ، ففي اجارة القنية ولو غاب المستأجر بعد السنة ولم يسلم المفتاح الى الاجر ، فله ان يتخذ له مفتاحا آخر ولو اجره من غيره بغير اذن الحاكم جاز اه . وقد صارت حادثة الفتوى . مضت المدة وغاب المستأجر وترك متاعه في الدار فافتيت بان له ان يفتح الدار ويسكن فيها واما المتاع فيجعله الى ناحية الى حضور صاحبه ولا يتوقف الفتح على اذن القاضي ، اخذاً مما تقدم عن القنية وفي غصب منية المفتي : اخذت اغصان شجرة انسان هواء دار اخر فقطع رب الدار الاغصان فان كانت الاغصان بحال يمكن ان يشدها بحبل ويفرغ هواء داره ، ضمن القاطع ، وان لم يمكن لا يضمن اذا قطع من موضع لو رفع الى الحاكم امر بالقطع من ذلك الموضع اه .

وان كان ديناً ففي مداينات القنية رب الدين اذا ظفر من جنس حقه من مال المديون على صفته فله اخذه بغير رضاه ولا ياخذ خلاف جنسه كالدراهم والدنانير وعند الشافعي له اخذه بقدر قيمته وعن ابي بكر الرازي له اخذ الدنانير بالدراهم وكذا اخذ الدراهم بالدنانير استحسانا لا قياساً . ولو اخذ غير رب الدين جنس الحق من الغريم ودفعه لرب الدين قال ابن سلمة هو غاصب والدائن غاصب الغاصب فان ضمن الآخذ لم يصر قصاصاً بدينه وان ضمن الدائن صار قصاصاً . وقال نصير بن يحيى صار قصاصاً بدينه والآخذ معين له وبه يفتى . ولو غصب جنس الدين من المديون فغصبه منه الدائن فالمختار هنا قول ابن سلمة اه .

وظاهر قول اصحابنا ان له الاخذ من جنسه مقراً كان او منكراً له بينة اولا . ولم ار حكم ما اذا لم يتوصل اليه الا بكسر الباب ونقب الجدار وينبغي ان له ذلك حيث لا يمكنه الاخذ بالحاكم . واذا اخذ غير جنس الحق بغير اذنه فتلف في يده ضمنه ضمان الرهن كما في غصب البزازية ولم ار حكم ما اذا ظفر بمال مديون مديونه والجنس واحد فيهما وينبغي ان

يجوز الى هنا عبارة البحر

المادة ١٦١٩ – يشترط ان يكون المدعى به معلوماً فلا تصح الدعوى اذا كان مجهولاً .

قال في البحر لان فائدتها الالزام بواسطة اقامة الحجة . والالزام في المجهول لا يتحقق . ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب لما في الخانية معزيا الى رهن الاصل اذا شهدوا انه رهن عنده ثوبا ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم والقول للمرتهن في اي ثوب كان وكذلك في الغصب اه . فالدعوى بالاولى . ولم ار اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغي اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق ولو قال اشك او اظن لم تصح الدعوى اه . قال محشيه العلامة ابن عابدين اقول وفي المعراج وفساد الدعوى اما ان لا يكون لزمه شيء على الخصم او يكون المدعى مجهولا في نفسه ولا يعلم فيه خلاف الا في الوصية بان ادعى حقا من وصية او اقرار فانهما يصحان بالمجهول وتصح دعوى الابراء عن المجهول بلا خلاف اه . فبلغت المستثنيات خمسة تأمل اه .

واعلم ان معتبرات المتون كالقدوري والكنز والوقاية والملتقى ، اطلقت القول في انه لا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره مع ان هذا في دعوى الدين لا في دعوى العين كما صرح به صدر الشريعة في شرح الوقاية ، وكذا قاضي زاده في تكملة الفتح فأن العين اذا كانت حاضرة تكفي الاشارة اليها بان هذه ملك لي وان كانت غايبة يجب ان يذكر قيمتها على ما سيأتي تفصيله في المادة الآتية . فلعل اطلاق المتون اشتراط ذكر الجنس والقدر في الدعوى وعدم تقييد ذلك بالدين بناء على انفهام المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل احوال دعوى الاعيان . والمتأخرون كصاحب الغرر والتنوير وغيرهما قد لاحظوا وجوب تقييد ذلك الاشتراط

بالدين ففيروها في متونهم الى التصريح بكل نوع من الدعاوي على حدة مع بيان شرايطه المخصوصة وعلى هذا جرت المجلة حيث لم تقيد معلومية المدعى ببيان جنسه وقدره كما ترى ٠

المادة ١٦٢٠ — معلومية المدعى بـه بالاشارة او الوصف والتعريف وهو انه اذا كان عينا منقولا وكان حاضراً في مجلس المحاكمة فالاشارة اليه كافية ، وان لم يكن حاضراً فبالوصف والتعريف وبيان قيمته ، يكون معلوماً وان كان عقاراً يعين ببيان حدوده وان كان ديناً يلزم بيان جنسه ونوعه ومقداره كما يتضح في المواد الاتية

حاصله ان المدعى به اما ان يكون دينا او عينا والعين امـا ان تكون منقولا او غير منقول والمنقول امـا ان يكون قايما او هالكا والقائم امـا ان يكون حاضراً او غايبا والغايب اما ان يكون ممكن الحضور بلا كلفة اولا ولكل قسم من هذه الاقسام حكم على حدة مبين في مادة من المواد الاتية فاما اذا كان المدعى به دينا فلا تصح الدعوى به الا بعد بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وسياتي بيانه في المادة ١٦٢٦ واما اذا كان عينا منقولا — فان كان حاضراً في مجلس المحاكمة او ممكنا حضوره بلا مصرف ، فالاشارة اليه كافية وان كان غايبا لا يمكن احضاره الا بكلفة او كان هالكا فلا بد من تعريفه وبيـان قيمته وسيأتي اقسام هذا في المادة ١٦٢١ الآتية . واما اذا كان غير منقول اي عقاراً فلا بد من ذكر بلده وقريته ومحلته وزقاقه وحدوده على ما سيأتي توضيحه في المادة ١٦٢٣ وسنذكر في شرح هذه المواد ما لا بد للحاكم من الوقوف عليه وهذا كله في دعوى الدين او العين اما دعوى العقد من بيع واجارة

ووصية وغيرها من اسباب الملك فلا بد من بيـان الطوع والرغبة بان يقول باع منه طائعا وراغبا في حال نفاذ تصرفه لاحتمال الاكراه . وفي ذكر التخارج والصلح عن التركه لا بد من بيان انواع التركة وتحديد العقار وبيان قيمة كل نوع ، ليعلم ان الصلح لم يقع على ازيد من قيمة نصيبه لانهم لو استهلكوا التركـة ثم صالحوا المدعي على ازيـد من نصيبه لم يجز عندهم كما في الغصب. وفي دعوى البيع مكرها لا حاجة الى تعيين المكره هذا ما حررته من كلامهم كذا في البحر وفي التكملة عن جامع الفصولين: ولو ادعى مسيل ماء في دار آخر لا بـد ان يبين انه مسيل ماء المطر او ماء الوضوء وينبغي ان يبين موضع المسيل انه في مقدم البيت او مؤخره ولو ادعى طريقا في دار الاخر ينبغي ان يبين طوله وعرضه وموضعه من الدار ، وفي دعوى الاكراه عـلى بيع وتسليم ينبغي ان يقول بعته مكرها وسلمته مكرها ولي حق فسخه . فافسخه ولو كان قبض ثمنه يذكر وقبضت ثمنه مكرها ويبرهن على كل ذلك. اما لو ادعى عليه انه ملكه وفي يـده بغير حق فلا تسمع اذ بيع المكره يفيد الملك بقبضه فالاسترداد بسبب فساد البيع ينبغي ان يكون كذلك ولو ادعى فساد البيع يستفسره القاضي عن سبب فساده ، لجواز ان يظن الصحيح فاسداً وفي دعوى البيع مكرها لا حاجة الى تعيين المكره كما لو ادعى السعاية فلا حاجة الى تعيين العوان اه. وفي دعوى الوديعة لا بد من ذكر موضع الايداع انه في اي مصر سواء كان له حمل ومؤنة ام لم يكن وفي دعوى الغصب اذا لم يكن له حمل ومؤنة لا يشترط له ذكر موضع الغصب كذا في الخلاصة . وفي غصب غير المثلي واستهلاكه ، ينبغي ان يبين قيـه يوم الغصب في ظاهر الرواية كذا في الفصول العمادية . ولو ادعى على غيره انه باع عينا مشتركا بيني وبينه واني قد اجزت البيع حين وصل الي خبر البيع فواجب عليه تسليم نصف الثمن الي ، لا تصح هذه الدعوى ما لم يذكر في الدعوى ، ان هذا كان قائما في يد المشتري وقت الاجازة . ولا بد من ذكر رواج الثمن وقت الاجازة وكذا لا بـد من ان يذكر قبض البايـع الثمن من المشتري ويسئل القاضي المدعي ان العين كان مشتركا

بينكما شركة ملك ام شركة عقد فان قال شركة ملك، لا بد من ذكر هذه الشروط، وان قال شركة عقد، لا حاجة الى قيام العين وقت الاجازة – ولكن يشترط قبض الثمن لتصح مطالبته باداء نصف الثمن كذا في الفصول العمادية وفيها : اذا ادعى انه قبض مني بجهة السوم كذا زنديبجيا طوله كذا وعرضه كذا وقيمته كذا فواجب عليه تسليم عينه ان كان قائما او قيمته ان كان هالكا فهذه الدعوى لا تصح، ما لم يقل قبض بجهة السوم ليشتري بكذا اذا رضي اه. الكل من الهندية.

المادة ١٦٢١ – اذا كان المدعى به عيناً منقولا وحاضراً بالمجلس يدعيه المدعى بقوله هذا لي مشير اليه وهذا الرجل قد وضع يده عليه بغير حق فاطلب اخذه منه وان لم يكن حاضراً في المجلس ولكن يمكن احضاره بلا مصرف يجلب الى مجلس الحكم ليشار اليه في اليمين والشهادة وان لم يكن احضاره ممكناً بلا مصرف عرفه المدعي وبين قيمته ولكن لا يلزم بيان قيمته في دعوى الغصب والرهن مثلًا لو قال غصب خاتمي الزمرد تصح دعواه وان لم يبين قيمته او قال لا اعرف قيمته .

قد اشتملت هذه المادة على اربع فقرات كل فقرة تستدعى كلاما على حدة . الفقرة الاولى قوله اذا كان المدعي به عينا الى حد قوله وان لم يكن حاضراً يعني يلزم لصحة دعوى المنقول الحاضر في مجلس المحاكمة اربعة اشياء ، ان يقول هذا لي مشير اليه او هذا ملكي، وان يقول هذا الرجل يعني المدعى عليه قد وضع يده عليه ، وان يقول بغير حق ، وان يطلب اخذه من المدعى عليه اما الاول فلأن الاشارة الى الشيء

اقصى ما يمكن من تعريفه فلا حاجة معه الى بيان الجنس والنوع والصفة والقيمة قال في الخانية فان كان العين الذي يدعيه قائما حاضرا في المجلس ، لا بد ان يشير اليه باليد فيقول هذا العين لي ولا بد الشهود ايضا ان يشهدوا بالملك له ويشيروا بايديهم الى المدعي والى العين المدعى بها . والاشارة بالرأس لا تكفي الا اذا علم باشارتهم الاشارة الى العين المدعى به اه .

واما الثاني وهو ذكران المدعى به في يد المدعى عليه ، فلأن الدعوى انما تسمع على ذي اليد واليد تثبت بقول المدعى وتصديق المدعى عليه اذا كان المدعى به منقولا — بخلاف ما اذا كان عقاراً كما ياتي — حتى لو شاهد القاضي يد المدعى عليه على المنقول المدعى به حين الدعوى ، لم يحتج المدعي الى قوله وهي في يده لتحقق ان دعواه على ذي اليد ولهذا لم يشترطوا ذكرانها في يد المدعى عليه الا في العقار والمنقول حال غيبته ليحضره المدعى عليه لمجلس الحكم .

واما الثالث وهو بغير حق فلدفع احتمال كونه مرهونا في يد المدعى عليه ، او محبوسا بالثمن فان الشيء قد يكون في يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن والمبيع في يد البايع لاجل قبض الثمن .

واما الرابع وهو طلب اخذه من المدعى عليه ، فلأن طلبه المذكور هو الحق الذي يدعيه فلا بد من ذكره كما في الهداية قال صدر الشريعة في شرحه على الوقاية : هذه العلة يعني علية لزوم ان يزيد قوله بغير حق وهي دفع احتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن ، تشمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم اه . واجاب عنه في الدرر بما زيفه العلامة الشرنبلاني في حاشيته عليه وكذا المولى عبد الحليم على ما نقله عنه في التكملة وذكر عنه ، انه اجاب عنه بجواب مطول فليراجع في التكملة ، لكن زيفه سعدي جلبي في حاشيته على العناية ثم اجاب عن الاشكال بجواب اطول زيفه كذلك قاضي زاده في تكملة الفتح .

وقد تلخص لنا من مجموع الاشكالات واجوبتها وتزييفاتها المذكورة في هذا المقام ، تقرير اشكال جامع لها مع جواب عنها يؤخذ من جواب قاضي

زاده ومن اجوبــة غيره فنقول اتفقت كلمة المتون ، انه في دعوى المنقول يلزم المدعي ان يزيد على قوله وهو في يــده اي المدعى عليه ، قوله بغــير حق ، دفعــا لاحتمال كونه مرهونا او محبوســا بالثمن . وفي دعوى العقار ، يكفي قوله وهو في يده ولا يلزمه ان يقول بغير حق لكن يلزمه ان يذكر المطالبة به اي بنزعه من ذي اليــد . وعبارة الهداية ملخصة ، يجب في دعوى العقار ان يحدده وان يذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لان المطالبة حقه اي المدعي فلا بد من ان يطلب المدعى به حتى يجب على القاضي اعانته ، ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هــذا الاحتمال ، اذ لو كان مرهوناً لو محبوسا بالثمن ، لما طالب بانتزاعه من ذي اليد قبل اداء الدين والثمن . وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق اه . بتوضيح من بعض شروحها

فنشاء من مجموع هذا اشكال وتقريره ان ذكر المطالبة بالمدعى به ان كان شرطا لصحة الدعوى مطلقا سواء كانت بالدين او بالعقار او بالمنقول كما تفيده العلة الاولى من تعليل الهداية وهي ان المطالبة بالمدعى به حق المدعي ، بمعنى انها الحق الذي لاجله ادعى فــلا وجه لاشتراط زيادة قوله بغير حق في المنقول ، لان شبهة كون المدعى به مرهونا في يد المدعى عليه او محبوسا لاجل قبض الثمن كمــا هي موجودة في دعوى المنقول ، موجودة في دعوى العقــار وصريح العلة الثانية من تعليــل الهداية المار آنفا ، ان تلك الشبهة تندفع بذكر المطالبة فقط فاي حاجة لاشتراط زيادة بغير حق ، وان كان ذكر المطالبة بالمدعى به شرطا في دعوى العقار فقط دون دعوى المنقول كما يقتضيه كلام غير الهداية من تخصيص ذكر المطالبة بالمدعى به في دعوى العقار ، وتخصيص زيادة بغير حق في دعوى المنقول ، فعليه يقال ما السبب الداعي لهذا التخصيص فان شبهة كون المدعى به مرهونا او محبوسا لاجل قبض الثمن سواء كانت في دعوى العقار او في دعوى المنقول ، تندفع بواحد من هذين اللفظين

بانفراده كيفما اتفق

وتقرير الجواب ان ذكر المطالبة بالمدعى به ، لا بد منه في كل من دعوى العقار ودعوى المنقول لانها الحق الذي لاجلها ادعى المدعي كما تقدم التصريح به عن الهداية حتى في دعوى الدين - لكن في دعوى المنقول انما يجب ذكر المطالبة بعد حضور المدعى به لمجلس الحكم والاشارة اليه وكلامنا في شرط صحة الدعوى التي توجب احضار المدعي والمدعى به الى مجلس الحكم لاجل الاشارة اليها والمطالبة باخذ المدعى وقتئذ ، لم تكن واجبة عليه فكان محتاجا في تصحيح دعواه الى زيادة قوله بغير حق دفعا لاحتمال الرهن والحبس

وجد في نسخة المؤلف صحيفة نصفها ممزق اقتضى المضي على كلامه الذي هو بعد التمزيق وتركنا للممزق هذ البياض .

وتفسير الحمل والموٴنة كونه بحال لا يحمل الى مجلس القاضي الا باجرة ، لا مجانا كما في الشرنبلالية وان قلت الموٴنه كما في الدر عن ابن كمال معزيا للخزانة وقوله يجلب الى مجلس الحكم يعني يجب على المدعى عليه احضاره اليه كما في الدر . وعبارة الهداية وهو لفظ القدوري في مختصره كلف المدعى عليه احضارها ليشير اليها بالدعوى الخ . وانظر ما لو كلفه القاضي لاحضاره فامتنع هل يحبسه ام كيف يفعل لم اره منقولا . والظاهر ان قولهم يجبر على احضاره ان يحبس حتى يحضره ، لانه متعنت ويمكن ان يقال ان القاضي يرسل من يحضرها رغماً عن المدعى عليه لان المسألة مفروضة فيما اذا كان محلها معلوماً ولا يحتاج في احضارها الى مصرف كما بينا . واما ما نقله الشارح اللبناني عن الخانية من انه يحبسه شهرين الخ ، فذاك فيما لو ادعى عليه غصب عين فانكر وقال المدعى لم ادر انه هالك او قائم ولم ادر كم كانت قيمته كما سيأتي في شرح الفقرة الرابعة من هذه المادة

وجد في هذا البحث من نسخة نصف صحيفة ممزقة بقي منها النصف الآخر فتركنا مقدار هذا الناقص بياضاً .

وفي البحر قال في جامع الفصولين ادعى عيناً في يده واراد احضاره مجلس الحكم فانكر المدعى عليه كونه في يده فبرهن المدعى بانه كان بيد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة — هل يقبل ويجبر المدعى عليه على احضاره بهذه البينة ام لا كانت واقعة الفتوى وينبغي ان تقبل اذا ثبت انه في يده في الزمان الماضي ولم يثبت خروجه من يده فتبقى ولا تزول بشك اه .

قال محشيه العلامة ابن عابدين قال في نور العين الظاهر انه قوله ينبغي، لا ينبغي لان ما ذكره يسمى في علم الاصول استصحابا وهو حجة في الدفع لا في الاثبات ولا شك ان ما ذكره من قبيل الاثبات قال صاحب التوضيح ومن الحجج الفاسدة الاستصحاب وهو حجة عند الشافعي في كل ما يثبت وجوده بدليل ثم وقع الشك في بقائه وعندنا حجة للدفع للاثبات ، اذ الدليل الموجب لا يدل على البقاء وهذا ظاهر اه .

اقول ما ذكر في جامع الفصولين بحثاً رأيته منقولا في الفصل الثاني فيما يتعلق بدعوى العين المنقولة من كتاب الدعوى من الهندية ونصه : ادعى عينا في يد رجل فاراد احضاره مجلس القضاء فانكر المدعى عليه ان يكون في يده فجاء المدعى بشاهدين شهدا ان هذا العين كان في يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة تسمع ويجبر المدعى عليه على احضاره كذا في خزانة المفتين اه .

ويمكن ان يقال ما في نور العين مخدوش بلامين لان الاستصحاب كما في التحرير الحكم ببقاء امر محقق لم يظن عدمه وما نحن فيه ليس كذلك بل هو بثبوت امر قد ظن عدمه . توضيحه ان المدعي هنا لم يقيد كونها في يد المدعى عليه في وقت — معين وكذا المدعى عليه انكر كونها في يده مطلقاً غير مقيد ايضا بوقت فاذا شهد الشهود بان العين كانت في يد المدعى عليه قبل الدعوى بسنة فقد ثبتت يده على العين المدعى بها في وقت ينتظمه دعوى المدعي وانكار المدعى عليه فيجبر على احضارها لا بحكم

الاستصحاب بل لان الاصل بقاء ما كان على ما كان ولان ما ثبت بيقين لا يزول بشك . نعم لو ادعى المدعي وجودها في وقت معين وانكر المدعى عليه وجودها في يده بذلك الوقت المعين فلا يجوز الحكم ببقاء وجودها الى ذلك الوقت المعين لان هذا استصحاب وهو دليل فاسد عندنا ، لان موجب الوجود لايوجب البقاء لجواز الفناء بعد الوجود . وعن هذا اقر في البحر ما بحثه في جامع الفصولين وجزم به القهستاني كما في التكملة وقد علمت ان ما بحثه في الفصولين موافق للمنقول فتنبه ( الفقرة الثالثة ) ( قوله وان لم يكن احضاره ممكنا بلا مصرف عرفه المدعي وبين قيمته ) هذا ظاهر في ان المراد بعدم امكان الاحضار ، ما يشمل المتعذر احضاره بان كان هالكا او غائبا لا يدرى مكانه . والمتعسر بان كان يحتاج في احضاره الى حمل ومؤنة كصبرة طعام وقطيع غنم ورحى . ففي جميع هذه الصور يكفي ذكر القيمة مع التعريف على ما سنبينه . ويؤيده ما في الشرنبلالية حيث قال عند قول صاحب الغرر وذكر قيمته ان تعذر ما نصه : ومن المتعذر ان يكون له حمل ومؤنة وهو ان لا يحمل الى مجلس القاضي الا باجر الخ . وصرح به في الدر ايضاً فقال عند قول التنوير وذكر قيمته ان تعذر بان كان في نقلها مؤنة وان قلت ابن كمال عن الخزانة اه .

اعلم انه قد اتفقت كلمة المتون ، انه يكفي ذكر قيمة المنقول المدعى به عند تعذر احضاره الى مجلس الحكم . ثم اختلف الشراح فمنهم كشراح الكنز والهداية ، من فسر التعذر بان يكون المدعى به هالكاً او غايباً لا يدري مكانه حتى لو كان قايماً لكن يحتاج في نقله الى مؤنة كرحى وصبرة طعام وقطيع غنم يخير القاضي ان شاء حضر مكان المدعي به لو تيسر له ذلك وان شاء بعث امينه . قال في البحر وانما قيدنا التعذر بالهلاك او الغيبة لئلا يرد الرحى وصبرة الطعام ونحو ذلك مما يتعذر احضاره مع بقائه فان القاضي يبعث امينه ولا يكتفى بذكر القيمة . وفي الدابة يخير القاضي ان شاء خرج اليها وان شاء بعث من

يسمع الدعوى والشهادة بحضرتها اه .

قال في حاشية الشابي : وهو نظير ما اذا كان القاضي في داره ووقعت الدعوى في جمل لا يسعه باب داره فانه يخرج الى باب داره او يامر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته اه .

ومنهم من فسر التعذر بما يشمل التعسر . وعليه مشت المجلة تبعاً للدر والشرنبلالية وغيرهما من المعتبرات كايضاح الاصلاح وغيره على ما نقله في التكملة . والظاهر مما مر عن الشلبي فيه انه اذا كان المدعى به دابة لا يمكن ادخالها مجلس القاضي لحضور القاضي لمكانها او ارسال امينه متفق عليه وحاصل ما في التنوير وشرحيه المنح والدر ، ان المدعى به ان امكن احضار عينه ولم يكن له حمل ومؤنة كلف المدعى عليه احضاره وان لم يمكن بان تعذر لهلاك العين او غيبتها مع جهل مكانها او تعسر بان كان في نقلها مؤنة ، ذكر المدعي القيمة وان كانت قائمة حاضرة — لكن يمكن احضارها الى مجلس القاضي لتعذره كرحى ثقيلة او خشبة كبيرة او تعسره كصبرة طعام وقطيع غنم ، خير القاضي ان شاء حضر لموضعها او بعث امينه للاشارة اليها في الدعوى والشهادة واليمين

فعلى هذا الحاصل تكون المسئلة ذات ثلاثة فصول ذكر الفصلان الاولان منها في هذه المادة وبقي الفصل الثالث مسكوتا عنه فيها وعلى ما تقدم يكون الفصل الثالث مندرجا تحت ما له حمل ومونة فتكفي فيه ذكر القيمة . وقد علمت ان المجلة اعتمدت على تفسير ما له حمل ومونة بما يحتاج في احضاره الى مجلس الحكم الى مصرف وان قل فتدبر

وقوله عرفه المدعي وبين قيمته يفيد انه لا بد مع بيان القيمة بذكر جنسها ونوعها وصفتها ، من تعريف العين المدعاة ببيان جنسها ونوعها وصفتها وهذا احد قولين وبه جزم العلامة ط كما يعلم من حاشيته على الدر واشار اليه في مجمع الانهر حيث علل قول الملتقى ( وان تعذر اي احضار المنقول يذكر قيمتها ) بقوله ليصير المدعى معلوما بها لان الغائب لا يعرف الا بالوصف والقيمة اه

ويؤيده ما سنذكره عن الذخيرة من قوله وان وقعت الدعوى في عين لا يعرف مكانه فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة الخ اه .

وما نقله في البحر عن السراجية ادعى عبيداً يبين جنسهم وسنهم وصفتهم وحيلتهم وقيمتهم وان كان المدعى حاضراً كفت الاشارة اه .

القول الثاني انه عند ذكر القيمة وبيان جنسها ونوعها وصفتها لا حاجة الى ذكر جنس العين المدعاة ونوعها وصفتها . وهو الذي يقتضيه اقتصار عامة المتون على ذكر القيمة وبيانها — حتى ان عبارة التنوير ، صريحة في انه يكتفي بذكر القيمة وكذا تؤيده بمسئلة ما اذا ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة فانه يكفي ذلك كما سيأتي في المادة الآتية فان هذه المسئلة ظاهرة في انه يلزم ذكر اجناس الاعيان واعيانها وصفاتها ونقل في رد المحتار عند قول التنوير اكتفى بذكر القيمة عن شرح ابن الكمال ما نصه : ولا عبرة في ذلك للتوصيف لانه لا يجدى بدون ذكر القيمة وعند ذكرها لاحاجة اليه واشير الى ذلك في الهداية اه .

اي لانه علل ذكر القيمة عند عدم حضور العين بقوله لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة شيء تعرف به العين اه .

وقد صرح بان المسئلة خلافية في الفصل السادس من جامع الفصولين فقال لدعى ماية قفيز براً وكذا منا من قطن او وقراً من سفرجل وقال فامره باحضاره لابرهن عليه لا يؤمر باحضاره اذ الجبر لا يجري فيما له حمل ومؤنة — ولكن يرسل اليه امينه ليرى ثم يحكم ثمة . هذا في القايم فلو كان العين هالكا فهذا في الحقيقة دعوى الدين فيشترط فيه بيان القدر والجنس والنوع والصفة كسائر الديون ولو ادعى قيمة دابة مستهلكة هل يحتاج الى ذكر الانوثة والذكورة اختلف فيه المشايخ — قيل لا بد منه ومن بيان السن وهذا على اصل ابي حنيفة مستقيم لان عنده الحكم بقيمة الهالك بناء على الحكم بملك الهالك لبقاء حق المالك عنده في الهالك فانه قال

يصح الصلح عن الهالك على اكثر من قيمته . فلو لم يكن الهالك ملكه لم يجز هذا الصلح ، لانه حينئذ تجب له القيمة وهو دين في الذمة والصلح عن الدين على اكثر من جنسه ، لم يجز واذا كان الحكم بالقيمة بناء على الحكم بملك الهالك لا بد من بيان الهالك في الدعوى والشهادة ، ليعلم الحاكم بماذا يحكم وهذا القايل يقول مع ذكر الانوثة والذكورة لا بد من ذكر النوع ، بان يقول فرس او حمار ونحوه ولا يكتفى بذكر اسم الدابة ، لانها مجهولة فالحاصل ان ظاهر مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان حق المالك قايم في الهالك وينتقل الى القيمة بقبضها او بحكم القاضي . وظاهر منهجها ان حق المالك ينقطع بنفس الهلاك وقد ذكر في بعض الكتب ( صك ) خلاف ذلك وبعض المشايخ ( ص ) الى ذكر الانوثة والذكورة ، اذ الغرض في دعوى الهالك قيمته والمدعي والشهود يستغنون عن ذلك ببيان القيمة الا يرى ان من ادعى على اخر مالاً وشهدا له فسئلها القاضي السبب فقالا استهلك دابة فالقاضي يقبل ذلك منها لما مر اه .

وقوله او العبارة فيشترط بيان القدر والجنس والنوع والصفة الخ اي سواء كان مثلياً او قيمياً اذ في الاول يثبت المثل في الذمة ديناً وفي الثاني تثبت القيمة كذلك افاده محشية الرملي فافاد ان الشرط بيان قدر العدل وفي كتاب المحاضر والسجلات من الهندية ما نصه ورد محضر صورته ادعى فلان على فلان انه قطع من اشجار كرمه كذا وكذا وقراً من الحطب قيمتها كذا وغصب من كرمه كذا وكذا وقراً من العنب فرد المحضر بعلة انه ليس فيه بيان نوع العنب والحطب فقيل هذا الجواب مستقيم في العنب لانه مثلي غير مستقيم في الحطب ، لان الحطب من ذوات القيم فيبين مقدار قيمة الحطب ويكتفى به . وقيل الاول اصح لان القيمة تتفاوت بتفاوت النوع والصفة لان قيمة الجوز والفرصاد اكثر من قيمة الخلاف وكذلك قيمة اليابس اكثر من قيمة الرطب فلا بد

من ان يبين نوع الحطب مع مقدار القيمة حتى يعلم هل هو صادق في تعيين هذا المقدار من القيمة اه .

قال في رد المحتار وفي القهستاني في قوله وذكر قيمته ان تعذر ، اشارة الى انه لا يشترط ذكر اللون والذكورة والانوثة والسن في الدابة وفيه خلاف كما في العمادية . وقال السيد ابو القاسم ان هذه التعريفات للمدعي لازمة لو اراد اخذ عينه او مثله في المثلي — اما اذا اراد اخذ قيمته في القيمي ، فيجب ان يكتفي بذكر القيمة كما في محاضر الخزانة اه .

والذي تلخص لنا من مجموع هذه النقول ان المتعذر احضاره ان كان مثلياً وتعذر الاحضار لهلاكه او لكونه غايبا لا يدرى مكانه فلا بد من بيان قدره وجنسه ونوعه وصفته وان كان التعذر لكونه يحتاج في احضاره الى مؤنة ومصرف ، فالقاضي مخير ان شاء حضر الى موضعه ليشار اليه في الدعوى والشهادة ويحكم به هناك ، والا فان كان مأذونا بالاستخلاف ارسل خليفته فيحكم الخليفة ، والا بعث امينا ليشار اليه في الدعوى والشهادة بحضوره — فاذا سمع يخبر القاضي بذلك فيقضي باخبار امينه وخده انقروي من القنية . قال وفي الثاني من دعوى التتارخانية معزيا لليانيع وكان شيوخنا يقولون ان شاء حضر عندها وان شاء بعث اليها امينين من امنائه اه .

واما ذكر القيمة هنا فلا معنى له لان المثلي مضمون بالمثل لا بالقيمة قال في الهندية عازيا للبزازية : وان ادعى عنبا قايما ، يشير ولا يحتاج الى ذكر الاوصاف والوزن والنوع ، وان دينا في او انه لا بد من بيان قدره ونوعه وصفته فيقول كذا امناء طائفية ابيض بيض ويذكر الجودة والوسط وان بعد انقطاعه من ايدي الناس في السوق الذي يباع فيه يقول الحاكم ماذا تريد . ان قال العنب لا يصغى الى دعواه ؛ وان قال قيمته يأمره بذكر السبب لانه اذا كان العنب ثمن مبيع انفسخ البيع بالانقطاع عن ايدي الناس كما في الدراهم والدنانير

وان بسبب السلم والاستهلاك او القرض لا يسقط بل يطالبه بالقيمة اذا كان لا ينتظر اوانه اه

هذا اذا كان مثليا اما اذا كان قيميا. فان كان المدعى يطلب اخذ عينه وهـذا لا يتصور الا اذا كان قايـا وقـد تعذر احضاره لثقله كالرحى والخشبة الثقيلة او كان دابة لا يسعها باب القاضي او كانت غايبة لا يدرى مكانها بان ادعى عليه عينا وقال انها قايمة في يـده والمدعى عليه ينكر . قيـل ان ذكر القيمة مع بيانهـا يكفي لصحة الدعوى لان المقصود معرفة العين المدعاة وهي انما تعرف بالقيمة لا بالتوصيف مهما بولغ فيه كما في الهداية وغيرها ، وقيل لا بد مع ذكر القيمة من تعريف العين المدعاة ، لان العين وان كانت لا تعرف بالتوصيف — الا ان القيمة تتفاوت بتفاوت النوع والصفـة فاشتراط التوصيف مع بيـان القيمة ، ليعلم هل هو صادق في تعيين هذا المقدار من القيمة كما تقـدم نقله عن كتاب السجلات والمحاضر من الهندية واشار اليه في الكفاية — فانه قال عند قول صاحب الهداية والقيمة تعرف به العين مـا نصه : وقيـل ان العين لا يعرف بالوصف وان بولغ في وصفه لمشاركة كثير من الاعيان اياه في ذلك الجنس والوصف — لكن ببيان الوصف طولا وعرضاً وغير ذلك تعرف قيمته اه .

وان كان المدعي يطلب قيمتها ، وهـذا لا يتصور الا اذا كانت هالكة ، فـلا بد من بيان جنس القيمة ونوعها وصفتها ، لانه حينئذ يدعي دينـاً في ذمة المدعي عليه فلا بـد من بيانه على الوجه الذي ذكرناه — الا اذا عين القيمة بالقروش فانه يكفي حينئذ بيان القـدر مع بيان انه من السكة الخالصة او المغشوشة على ما سيأتي بيانه في المادة ١٦٢٦ وهل يلزم مع هـذا ، بيان جنس العين الهالكة ونوعهـا وصفتها حتى لو كان المدعى دابة فلا بد فيها من ذكر الانوثة والذكورة والسن فيه اختلاف المشايخ قيل لا يلزم ذلك . وهذا الذي يقتضيه اطلاق عامة المتون ، لان الغرض من دعوى الهـالك قيمته والمدعي والشهود

يستغنون عن ذلك ببيان القيمة . وقيل لا بد منه وهو قول ابي الليث لأن عند ابي حنيفة الحكم بقيمة الهالك بناء على الحاكم بنفس الهالك كما تقدم عن جامع الفصولين ومثله في كثير من المعتبرات .

وظاهر اطلاق هذه الفقرة ان جمعية المجلة اختارت القول الثاني من كل من الخلافين المذكورين وهو انه لا بد مع بيان القيمة من بيان جنس العين المدعاة ,نوعها وصفتها — سواء كان يطلب في دعواه العين بان كانت قايمة ، او قيمتها بان كانت هالكة هذا غاية ما ظهر لي في تحرير هذا المقام الذي هو من مزالق اقدام الافهام .

الفقرة الرابعة قوله ( ولكن لا يلزم بيان قيمته في دعوى الغصب والرهن مثلاً لو قال غصب خاتمي الزمرد تصح دعواه وان لم يبين قيمته او قال لا اعرف قيمته ) قال في الدرر والغرر : ولو قال غصب مني عين كذا ولا ادري اهو هالك اوقايم ولا ادري كم كانت قيمته - ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان قيمته لتضرر به

اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر ، والجبر على البيان اذا اقر او نكل عن اليمين فليتأمل فان كلام الكافي لا يكون كافياً الا بهذا التحقيق اه .

قال العلامة ابو السعود : وفي هذا التحقيق نظر لان الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف - الا اذا اتهم القاضي وصي اليتيم او قيم الوقف وحينئذ لا يتم ما ذكره اه .

اقول وفي هذا التنظير نظر فانه لم يقل احد ان هذه الجهالة الفاحشة في دعوى غصب العين او رهنها مانعة من سماع بينة المدعي بلى المصرح به في عبارة الخانية الآتية سماع البينة وفي الزيلعي وغيره انه اذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضاً بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته اه .

وعن هذا قال العلامة بن عابدين في حاشيته البحر : وهذا اي كون فائدتها اليمين حيث لا بينة والا بان اقامها المدعى ففائدتها

الحبس اه .

وقد بين معنى الحبس في الخانية فقال لو ادعى عليه غصب عين فانكر وقال المدعي لا ادري انه هالك او قايم ولا ادري كم كانت قيمته - ففي عامة الروايات انه تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة وحينئذ يؤمر المدعى عليه باحضار العين فان ابى حبسه شهرين فان احضر عيناً من ذلك الجنس يقال للمدعي هذا الذي ادعيته فان صدقه اخذه وان كذبه كاف المدعى عليه باحضار عين اخر الى ان يوافقه المدعي في ذلك فان عجز المدعى عليه وظهر عجزه يقضى عليه بالقيمة والقول في مقدار القيمة قول المدعى عليه اه .

وذكر في جامع الفصولين ان عامة المشايخ على ان هذه الدعوى والبينة تقبل ولكن في حق الحبس . واطلاق محمد في الكتاب يدل عليه ومعنى الحبس ان يحبسه حتى يحضر ليعيد البينة على عينه فلو قال لا اقدر عليه حبس قدر ما لو قدر احضره ثم يقضى عليه بالقيمة اه .

اقول وقول الخانية والفصولين ثم يقضى عليه بالقيمة، مشكل جداً فان القيمة اذا كانت مجهولة للمدعي وللحاكم كيف يحكم بها والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به - ولعل هذا يعني القضاء عليه بالقيمة، مقيد بما اذا بينها المدعي في دعواه وعن هذا نقل في فتاوى الانقروي عن الخامس والعشرين من قضاء التارخانية بعد نقله عبارة الفصولين السابقة ما نصه : هذا اذا قال المدعى انه قايم في يديه فان قال انه هلك في يديه او قال لا ادري اقائم او هالك فانه يشترط لصحة الدعوى بيان القيمة باتفاق الروايات اه .

ونقل مثله في هامشها عن النوع الثالث من الفصل السابع من قضاء البزازية فتأمل . هذا وللعلامة قاضي زاده في تكملة الفتح بحث طويل في هذه المسئلة قال في آخره وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال من ضروب الاشكال اه .

– الا انه بحث في المنقول فهو غير مقبول قال في رد المحتار قال في البحر : والحاصل انه في دعوى الغصب والرهن ، لا يشترط بيان الجنس والقيمة في صحة الدعوى والشهادة ويكون القول في القيمة للغاصب والمرتهن اه.

قلت وزاد في المعراج دعوى الوصية والاقرار قال : فانهما يصحان في المجهول وتصح دعوى الابراء المجهول بلا خلاف اه . فهي خمسة اه .

اقول وفي عدم اشتراط بيان الجنس عند عدم بيان القيمة ، نظر اذ ليس في كلامهم ما يدل عليه بل المفهوم من كلامهم ان تعريف المغصوب او الرهن ببيان جنسه ونوعه وصفته لا بد منه قال في جامع الفصولين : لو ادعى انه غصب منه ثوبا او قنا ، ولا يدرى قيامه وهلاكه – فلو بين الجنس والصفة والقيمة تقبل دعواه ، وان لم يبين قيمته اشار في عامة الكتب الى انها تقبل الخ اه .

فان الظاهر من هذا ان بيان الجنس والصفة لا بد منه وليت شعري كيف يسمع القاضي دعوى شيء لا يعلم جنسه ولا صفته ولا قيمته وما اشبه مثل هذه الدعوى بالهذيان فتدبر

تنبيه دعوى الغصب ان يقول غصب مني كذا . اما لو قال هذا ملكي وذو اليد احدث يده عليه بغير حق ، فهذا لا يكون دعوى الغصب على ذي اليد وكذا لو قال المدعي في دعواه هذا ملكي كان في يدي وان صاحب اليد احدث يده عليه بغير حق . ولو قال هو ملكي وكان في يدي الى ان احدث المدعى عليه يده عليه بغير حق ، يكون هذا دعوى الغصب على ذي اليد كذا في جامع الفصولين وعزاه الشارح اللبناني الى الخانية ايضاً .

المادة – ١٦٢٢ اذا كان المدعى به اعياناً متخالفة الجنس والنوع والصفة يكفي ذكر مجموع قيمتها ولا يلزم تعيين قيمة كل منها على حدة .

قال في الدرر لانه لما صح دعوى الغصب بلا بيان القيمة فلأن يصح

اذا بين قيمة الكل جملة بالاولى اه .

والمراد بالاعيان المتخالفة في هـذه المادة ، ما كان من القيميات فلو كانت مشتركة يعني ان بعضها مثلي فلا بد من بيان المثلي منهـا لان المثلي لا يعرف بالقيمة بل ببيان المثل ففي التكملة عن الذخيرة لو كان المدعى مكيلاً لا بد من بيان جنسه بانه حنطة او شعير ، ونوعه بانهـا سقية او برية وصفتها بانها جيدة او رديئة وقدره بان يقول كذا قفيزاً وسبب وجوبها اه .

المادة – ١٦٢٣ اذا كان المدعى بـه عقـاراً يلزم ذكر بلده وقريته ومحلته وزقاقه وحدوده الاربعة او الثلاثة واسماء اصحاب حدوده وان كان لها اصحاب واسماء ابائهم واجدادهم ولكن يكفي ذكر اسم الرجل المعروف والمشهور وشهرته فقط ولا حاجة الى ذكر اسم ابيه وجده كذلك لا يشترط بيان حدود العقار اذا كان مستغنياً عن التحديد لشهرتـه في الدعوى والشهـادة وايضـاً اذا ادعى المدعي بقوله ان العقـار المحررة حدوده وفي هذا السند هو ملكي تصح دعواه .

قوله اذا كان المدعى به عقـاراً ليس المراد بالعقار هنـا ما تجب فيه الشفعة فان البناء والغراس في الارض المحتكرة معدودان هناك من المنقولات على ما تقدم التصريح به في المادة ١٠١٩ وان بيناً بما لها من حق القرار مع انها من العقار هنـا فقد نقـل في البحر عن الفتـاوى الصغرى عند قول صاحب الكنز : وقيل لخصمه اعطه كفيلاً ما نصه : طلب المدعي بنفس الدعوى من القاضي وضع المنقول على يد عـدل

ولم يكتف بكفيل النفس — فان كان المدعى عليه عدلاً لا يجيبه القاضي ولو كان فاسقاً يجيبه . وفي العقار لا يجيبه الا في الشجر الذي عليه الثمر لان الثمر نقلي اه

قال صاحب البحر هناك وظاهره ان الشجر من العقار وقدمنا خلافه اه

قلت لا ضير في عده من المنقول في كتاب الشفعة ومن العقار في تعريفه للدعوى فان العقار قد يطلق لغة على الشجر كما سيأتي عن المصباح ففي السابع من الفصولين بعد ان رمز الى جامع الفتاوي انه لو ادعى سكنى داره ونحوه و بين حدوده لا يصح اذ السكنى نقلي فلا يحد رمز الى فتاوي رشيد الدين انه وان كان السكنى نقلياً لكن لما اتصل بالأرض اتصال تأبيد كان تعريفه بنا به تعريف الارض ، اذ في سائر النقليات انما لا يعرف بالحدود ، لامكان احضاره فيستغنى بالاشارة اليه عن الحد اما السكنى فنقله لا يمكن لانه مركب في البناء تركيب قرار فالتحق بنا لا يمكن نقله اصلاً اه

والمراد بالسكنى ما ركب في الأرض اي من بناء او شجر كما يظهر مما بعده كما في حاشية البحر لابن عابدين وفي المصباح العقار كسلام كل ملك ثابت له اصل — كالدار والنخل وربما اطلق على المتاع والجمع عقارات اه

والحاصل انه ان لم يكن الشجر من العقار حقيقة فهو ملحق به قال العلامة بن عابدين في حاشيته على البحر وكيف يمكن تحديد شجرة بستان بين اشجار كثيرة اه

اقول هذا وارد على ما اذا ادّعى ذراعاً من وسط ارض كبيرة فالجواب عن هذا يكون جوابا عن تلك تدبّر

وفي الفصولين شرى علو بيت لا سفله يحد السفل لا العلو اذ السفل مبيع من وجه من حيث ان قرار العلو عليه فلا بد من تحديده . وتحديده يغني عن تحديد العلو اذ العلو عرف بتحديد السفل ولان السفل اصل والعلو تبع فتحديد الاصل اولى :

قال طي يعني في شرح الطحاوي هذا اذا لم يكن حول العلو حجر فلو كانت فينبغي ان يحد العلو لانه هو المبيع فلا بد من اعلامه وهو بحده وقد

امكن اقول الغرض هو العلم به فينبغي ان يجوز بأيهما كان اذ علم بكل منها ولكن الكلام في الاولوية اه

قوله ويلزم ذكر بلده وقريته ومحلته وزقاقه ، لانه تعذر تعريفه بالاشارة لتعذر نقله الى مجلس الحكم فتعين التحديد ، اذ العقار يعرف به زيلعي . وفي مجمع الأنهر عن الفصولين في دعوى العقار لا بد ان يذكر بلدة فيها العقار ثم المحلة ثم السكة اختياراً لقول محمد فان مذهبه ان يبدأ بالاعم ثم بالاخص وقيل يبدأ بالاخص ثم بالاعم اه

وفي جامع الفصولين اذا ادعى محدوداً في موضع كذا و بين الحدود ولم يبين المحدود ما هو كرم او ارض او دار وشهد الشهود كذلك هل تسمع وهل تصح الدعوى والشهادة ؟ حكى شمس الائمة السرخسي انه لا تصح الدعوى والشهادة وحكى فتوى شيخ الاسلام الاوزجندي ان المدعي اذا بين المصر والمحلة والحدود تصح الدعوى ولا يوجب ترك بيان المحدود جهالة في المدعى . وكان ظهير الدين المزغيناني يكتب في جواب الفتوى لو سمع قاض هذه الدعوى تجوز اه .

قوله وحدوده الاربعة او الثلاثة) يعني يكتفي بذكر الثلاثة عندنا خلافاً لزفر ، لان للاكثر حكم الكل كما في الزيلعي ، ولان الطول يعرف بذكر الحدين والعرض باحدهما يعني الحدين الآخرين . ولو كان المدعى به بثلاثة حدود بأن كان مثلثا روي عن ابي يوسف يكفي الاثنان وقيل الواحد افاده في مجمع الانهر

قال في البحر واذا اكتفي بالثلاثة فيجعل الرابع يمضي بازاء الحد الثالث حتى يحاذي الحد الاول يعني على الاستقامة اه

وفي الملتقى فان ذكر ثلاثة وترك الرابع ، صح وان ذكره وغلط فيه لا يصح لانه يختلف المدعى ولا كذلك بتركه بزيادة من الشرح

قال الزيلعي ونظيره اذا ادعى شراء شيء بثمن منقود فان الشهادة تقبل ، وان سكتوا عن بيان الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحد في الدعوى يشترط في الشهادة ايضا لانه

بما يصير معلوما للقاضي اه .

وفي الفصولين الشاهد لو غلط في حد لا تقبل شهادته - بخلاف تركه احد الحدود . والفرق ان المشهود به يختلف بالغلط لا بالترك وانما يثبت الغلط باقرار الشاهد اني غلطت فيه اما لو دعاه المدعي عليه لا يسمع ولا تقبل بينته لان دعوى غلط الشاهد من المدعى عليه ، انما تكون بعد دعوى المدعي وجواب المدعى عليه . والمدعى عليه حين اجاب المدعي قد صدقه ان المدعى ، بهذه الحدود فيكون بدعوى الغلط بعد مناقضا او نقول تفسير دعوى الغلط في احد الحدود ان يقول المدعى عليه احد الحدود ليس ما ذكره الشاهد او يقول صاحب الحد ليس بهذا الاسم الذي ذكر الشاهد وكل ذلك نفي والشهادة على النفي لا تقبل اه

ثم حقق انه لو كان اجاب المدعى عليه للمدعي بان هذا ملكي ثم ادعى غلط الشاهد ، لا تقبل دعواه للتناقض . وان كان اجابه ان هذا ليس ملكك ثم ادعى غلط الشاهد تقبل لعدم تحقق التناقض وقد اعترض عليه محشيه العلامة الرملي بما دفعه ظاهر وفي الفصولين برمز ( شخ ) ان الشاهد لو اخطأ في بعض الحدود ثم تدارك واعاد الشهادة واصاب ، قبلت شهادته لو امكن التوفيق سواء تدارك في المجلس او في مجلس آخر . ومعنى امكان التوفيق ان يقول كان صاحب الحد فلاناً الا انه باع من فلان آخر وما علمنا به ، او يقول كان صاحب الحد بهذا الاسم الا انه سمي بعد ذلك بهذا الاسم الآخر وما علمنا به وعلى هذا القياس . فافهم هذا اذا ترك الشاهد بعض الحدود او غلط فيه فلو ترك المدعي احد الحدود او غلط فيه ، فحكمه كالشاهد جملة ( ط ) وفي ( فش ) لو غلط الشهود في الحد الرابع ثم ذكروا على وجه الصواب فلو قالوا هذا هو الشهادة بالدعوى لا تقبل للتناقض اه

وفي الخنية في فصل في دعوى الدور والأراضي ولو ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع لا يضر وان لم يسكت ولكنه اخطأ في الرابع لا يصح حتى لو قال المدعى عليه ليس هذا المحدود في يدي او قال ليس عليّ تسليم هذا المحدود فانه لا يتوجه عليه هذه الخصومة وان قال المدعى عليه وهذا المحدود

في يدي غير انك اخطأت في الحدود لا يلتفت اليه الا اذا توافقا على الخطأ فحينئذ يستأنف الخصومة اه

قوله واسماء اصحاب حدوده ان كان لها اصحاب ( واسماء ابائهم واجدادهم ) اي ليتميز عن غيرهم ، لان تام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهب الامام مجمع الأنهر فان لم يكن لها اصحاب كالطريق ونحوه ، ففي الهندية الطريق يصلح حداً ولا حاجة فيه الى بيان الطول والعرض على الاصح. والنهر لا يصلح حداً والاصح انه يصلح كالخندق وهل يشترط ذكر طول النهر وعرضه الاصح انه لا يشترط واذا جعل الحد طريق العامة لا يشترط ان يذكر طريق القرية او طريق البلدة وفي ظاهر المذهب ان السور يصلح حداً وهو الاصح والمقبرة لوربوة تصلح حداً والا فلا اه

وفي جامع الفصولين لو ذكر في الحد لزيق ارض الوقف ، لا يكفي وينبغي ان يذكر انها وقف على الفقراء وعلى مسجد كذا او نحوه

اقول ينبغي ان يكون هذا وما يتلوه من جنسه على تقدير عدم المعرفة — الا به والا فهو تضييق بلا ضرورة ( شي ) جعل احد الحدود ارض الوقف على مصالح كذا ولم يذكر انه في يد من لا تصح ولو ذكر ارض الوقف على مسجد كذا يجوز ويكون كذكر الوقف . وقيل لا يثبت التعريف بذكر الواقف ما لم يذكر انه في يد من ( عده ) لو كان الحد ارض وقف لا بد ان يذكر المصرف وكذا في ( فش ) وقال حتى يكون المصرف معرفاً كما في ذكر اسم الاب والجد في غير الوقف لمالك الارض ( جف ) وذكر اسم جد مالك الحد ، شرط وكذا ذكر جد الواقف لو كان الحد وقفاً اه .

اي اذا لم يذكر المصرف ولا انه في يد من ، ولا انه على مسجد كذا فتدبر

وفي جامع الفصولين ايضاً لو ذكر لزيق ملك ورثة فلان ، لا يكفي اذ الورثة مجهولون منهم ذو فرض وعصبته وذو رحم فجهلت جهالة فاحشة الا يرى ان الشهادة بان هذا وارث فلان لا تقبل لجهالة في الوارث ( فش ) لو ذكر لزيق دار ورثة فلان لا يحصل التعريف اذ التعريف بذكر الاسم والنسب . وقيل يصح ذكره حداً لانه من اسباب التعريف ( عده ) لو كتب لزيق

ارض ورثة فلان قبل القسمة قيل يصح وقيل لا (شي) كتب لزيق دار من تركة فلان يصح حداً اه .

وفي الهندية فاذا جعل احد الحدود ارضاً لا يدري مالكها لا يكفي ما لم يقل هي في يد فلان حتى تحصل المعرفة. واذا ذكر احد الحدود لزيق ارض المملكة يصح ، وان لم يذكر انها في يد من - لكن يشترط ان يقول والفاصل بينهما كذا اه

قوله : لكن يكفي ذكر اسم الرجل المعروف والمشهور وشهرته فقط ولا حاجة الى ذكر اسم ابيه وجده الى آخر المادة.

قال في جامع الفصولين ولو قال لزيق دار فلان ولم يذكر اسم الجد لا يصح وذكر الاسم والنسب في الرجل انما يحتاج اليه لو لم يكن مشهوراً . اما الدار فلا بد من تحديده ولو مشهوراً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقام حده بذكر جد صاحب الحد وعندهما التحديد ليس بشرط في الدار المعروف كدار عمرو بن الحرث بالكوفة فعلى هذا لو ذكر لزيق دار فلان ولم يذكر اسمه ونسبه وهو معروف يكفيه اذ الحاجة اليهما لاعلام ذلك الرجل وهذا ما يحفظ جداً اه

وفيه قال المدعي ان الدار التي حدودها مكتوبة في هذا المحضر ، ملكي وقال الشهود ان الدار التي حدودها مكتوبة في هذا المحضر ملكه صح الدعوى والشهادة اه

## ﴿ فروع ﴾

اشترى عشر ديرات ارض وحدد التسع لا الواحدة او كانت هذه الواحدة في وسط التسع تقبل و يقضى بالجملة ، لا لو على طرف ( فصولين ). لو كان احد حدود المدعى او كلها متصلاً بملك المدعى عليه يحتاج الى ذكر الفاصل . وقيل لو ارضاً فنعم وان بيتاً او داراً او منزلاً ، لا ، لان الجدار فاصل والكرم . بمنزلة المنزل لانه ذو جدار وكذا الحكم اذا كان متصلاً بملك الغير اما اذا كان متصلاً بملك المدعى فلا حاجة الى ذكر الفاصل مطلقاً كما في البزازية . ذكر ثلاثة حدوده فقال في الحد الرابع متصل بملك المدعى عليه او قال الرابع ملك

المدعى عليه ولم يذكر الفاصل قال الامام ظهير الدين يصح لانه كالسكوت عن الحد الرابع وذكر القاضي ان الشهود اذا قالوا الرابع متصل بملك المدعي او المدعى عليه ولم يذكروا الفاصل ، تقبل كما اذا تركوا الرابع . ولو قالوا الرابع ملك المدعى عليه ولم يذكروا الفاصل ، لم تقبل في الاراضي وتقبل في الكروم والبيوت . واذا كان احد الحدود يلاصق ارض رجلين او ارض رجل ومسجد فذكر احدهما لا يكفي لانه جعله لزيق ارض واحد فيقتضي ان يكون لزيقه فاذا كان بعضه لزيقه ، لم يساو الحد هذا المحدود فصار كما اذا غلط في الحد الرابع الكل من الانقروية ه

قلت وهذه المسئلة الاخيرة عزاها للبزازية وفي الخانية خلافه فانه قال : لو كان الحد الرابع ملك رجلين لكل واحد منهما ارض بجنب المدعى ، قالوا في بيان الحدود والحد الرابع لزيق ارض فلان ذكروا احد الجارين ولم يذكروا الاخر جاز ايضاً وكذا لو كان الحد الرابع ارض رجل ومسجد فقالوا الحد الرابع لزيق ارض فلان ولم يذكروا المسجد جاز اه فتأمل

وانت تعلم ان قاضي خان فقيه النفس . رجل ادعى داراً في يد رجل فقال القاضي هل تعرف حدودها قال لا ثم ادعاها و بين الحدود لا تسمع اما اذا قال لا اعرف اسامي اصحاب الحدود ثم ذكر في المرة الثانية فتسمع ولا حاجة الى التوفيق ولو انه قال لا اعرف الحدود ثم ذكر الحدود وقال عنيت بقولي لا اعرف الحدود لا اعرف اسماء اصحابها قبل ذلك منه وتسمع دعواه اه (هندية)

اقول ينظر ما وجه عدم سماع دعواه لو قال لا اعرف حدودها ثم عرفها وذكرها فان من لا يعرف اذا عرف لا يكون متناقضاً اذا قال عرفت ما لم اكن اعرف فان الانسان قد لا يعرف نفس ملكه فضلاً عن حدوده لا سيما اذا كان في غير بلده فتأمل

## المادة ١٦٢٤ — اذا اصاب المدعي في بيان الحدود واخطأ في بيان مقدار ذراع العقار او دونه لا يمنع صحة دعواه

قال في الخانية ادعى محدوداً وذكر حدوده واصاب وقال في تعريفه

وفيه اشجار وكان خالياً عن الاشجار لا تبطل الدعوى وكذا لو ذكر مكان الاشجار حيطاناً ، لانه غير محتاج الى ذكر الشجر ولو قال في تعريفه ليس فيه شجر ولا حايط فاذا فيه اشجار عظيمة لا يتصور حدوثها بعد الدعوى ، بطل دعواه ولو ادعى ارضاً وحددها وقال هي عشر ديرات ارض او عشر اجربة وكان اكثر او اقل لا تبطل دعواه لانه خلاف يحتمل التوفيق وهو غير محتاج اليه اه

والديرات قطعة من الارض تزرع تكملة عن القاموس والجريب من الارض ، مقدار معلوم ( صحاح ) وهذا اذا كان الخطأ في بيان المقدار من المدعى امنا لو اخطأ فيه الشاهد ففي هامش الانقروي عن السابع من جامع الفصولين ما نصه : ( ذ ) لو شهدا بملكية ارض وحداه وقال خمسة مكاليل بذر والمدعي يدعي ذلك واصابوا في الحد لا المقدار فظهر انه يسع فيه ثلاثة مكاييل بذر ، قيل ترد وهو الاظهر والاشبه بالفقه وقيل يقبل اذ بيان القدر لا يحتاج اليه فصار ذكره وعدمه سواء . ونص في السير الكبير ان ذكر الشاهد في شهادته ما لا يحتاج اليه للحكم بالمشهود وعدم ذكره سواء وقيل لو شهدا بحضرة الارض واشارا اليه يقبل ويلغو ذكر الوصف وهو قدر البذر ولو شهدا بغيبة الارض لا يثبت بشهادتها ملكية ارض يسع فيه خمسة مكاييل بذر جملة ( ط ) اه .

اقول ذكره في المحيط في الثاني عشر من الشهادات وقال فيه بعد ذكر هذا التفصيل وقيل لا تقبل البينة على كل حال وهو الاظهر والاشبه بالفقه وغير صاحب الفصولين عبارة العادية ولم يصب اي حيث لم يقل على كل حال اه . ما في الانقروي

اقول وعلل هذا في الفصل السادس بانه بظهور الاختلاف بالوصف يظهر كذب الشهود وبه تختل الشهادة اه

ج-٥

المادة ١٦٢٥ - لا يشترط بيان حدود ثمن العقار في الدعوى .

الصواب في ترجمة هذه المادة ان يقال لا يشترط بيان حدود العقار في الدعوى بثمنه لان اصل المادة في اللغة التركية هكذا :
( عقارك ثمنى دعواده حدود ينك بياني شرط دكلدر )
قال في البحر وقيد بدعوى المحدود اذ لو ادعى ثمن المحدود لم يشترط بيان حدوده كذا في السراجية وفي جامع الفصولين : ولو ادعى ثمن مبيع لم يقبض ، لا بد من احضار المبيع مجلس الحكم حتى يثبت البيع عند القاضي بخلاف ما لو ادعى ثمن مبيع قبض فانه لا يجب احضاره لانه دعوى الدين حقيقة اه
. اقول وذكر في الفصولين قبل هذا ما نصه ولو ادعى ثمن مبيع قبض ولم يبين ما هو او ثمن محدود ولم يحده تقبل لانه دين كذا في ( فش ) وفي ( ذ ) تقبل وهو الاصح وكذا لو ادعى مال الاجارة المفسوخة لم يجب تحديد المستاجر لانه دعوى الدين حقيقة اه .
فانت ترى انه اطلق المحدود ولم يقيده بكونه قبض كما اطلقه في السراجية فلعل التفصيل بين المقبوض وغير المقبوض في دعوى ثمن غير المحدود وليحرر . وعليه فتبقى هذه المادة على اطلاقها كما اطلقها صاحب الدر .

المادة ١٦٢٦ - اذا كان المدعى به ديناً يلزم المدعي بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره مثلاً يلزم ان يبين جنسه بقوله ذهباً او فضة ونوعه بقوله سكة آل عثمان او الانكليز ووصفه بقوله سكة خالصة او مغشوشة ومقداره

بقوله الفاً ولكن اذا ادعى بقوله كذا غروشاً على الاطلاق تصح دعواه وتصرف على الغروش المعهودة في عرف البلدة واذا كان المتعارف نوعين من الغروش وكان اعتبار احدهما ورواجه ازيد، تصرف الى الادنى كما انه اذا ادعى بقوله كذا عدداً من البشلك تصرف دعواه الى البشلك الاسود الذي هو من المسكوكات المغشوشة .

قد تحصل من هذه المادة، انه لو ادعى عليه ماية ليرة عثمانية او ماية ريال مجيدي او ماية بشلك تكون دعواه صحيحة لانه قد بين جنس الدين ونوعه ووصفه ومقداره — اما الاول والثالث فلأن الليرة اسم لقطعة مضروبة من الذهب المغلوب غشه . والريال اسم لقطعة مضروبة من الفضة المغلوب غشها والبشلك اسم لقطعة مضروبة من الفضة الغالب غشها وبذلك يتبين الجنس والوصف .

واما الثاني فلان قوله عثمانية او مجيدي، اخرج ما يشاركه في نوعه والبشلك ليس له ما يشاركه في نوعه حتى يلزم اخراجه لو اطلق الريال ايضا ولم يقيده بكونه مجيدياً تصح الدعوى ايضا لان الريال وان كانت له انواع كالريال العامودي والشوشي والفنس الا ان هذه غير رائجة في بلاد الدولة العثمانية لمنع السلطان من تداولها فينصرف لفظ الريال الى الرايج المتعارف حتى لو كان بقيمة الانواع مساوية للريال المجيدي في الرواج ومخالفة له في المالية لا تصح الدعوى حتى يبين النوع .

واما الرابع يعني القدر فقد بينه بقوله ماية لأن التعامل بلفظ المجيدي والليرة والبشلك بالعدد على ان بيان عدد الليرة والمجيدي يؤذن ايضا ببيان الوزن لان لكل واحد من الليرة والمجيدي وزناً معلوما لا يتغير هذا اذا ادعى عليه دينا هو نوع معين من انواع النقود المضروبة فلو ادعاه غير معين بنوع كما اذا ادعاه عدداً معلوما من الغروش فان

دعواه صحيحة ببيان القدر فقط ولا يلزمه بيان الجنس والنوع والصفة، لان المديون بالف غرش مثلاً له ان يدفع ما قيمته الف غرش من اي نوع اراده من انواع العملة المضروبة سواء كانت ذهبا او فضة او مغشوشة . وهذا لان الغرش في زماننا اسم لجزء من العملة المضروبة معلوم الكم معدوم الكيف تقوّم بـه انواع العملة المضروبة من الذهب والفضة والمغشوشة فمنها ما يساوي ماية غرش ومنها ما يساوي اكثر ومنها مـا يساوي اقل فاذا اشترى شيئا بماية غرش فالعرف ان المشتري يدفع ما اراد مما يساوي المائة غرش من انواع العملة المتداولة في الرواج ، وان [illegible] في المالية سواء كانت من الفضة او الذهب الخالصين او مغشوشها [illegible] كانت انواع العملة متساوية في الرواج فلو كان بعضها اروج من بعض فالذي صرحت به هذه المادة ان الدين المدعى بـه يصرف الى الادنى يعني [illegible] هو اقل رواجا — لكن لم اقف على نقل صريح فيه وقد قدمنا في شرح المادة ٢٤٠ تبعا لمـا حققه العلامة بن عابدين في رد المحتـار وفي رسالة تنبيه الرقود ، انه لو اشترى شيئا بالف غرش و كان بعض العملة اروج من بعض ، يجب على المشتري ان يدفع ما قيمته الف غرش من الاروج ، لانصراف العقد اليه وعليه لو بين المدعي سبب الدين بانه ثمن مبيع او بدل اجارة ، فلا شك انه تنصرف الدعوى الى ما قيمته مبلغ الدين المدعى به من العملة الاكثر رواجا في زمن العقد ومكانه كما يعلم من رد المحتار والرسالة المذكورة فليتأمل وفي الهندية معزياً الى الذخيرة والدعوى يعني دعوى الدين ان كانت بسبب البيع فلا حاجة الى ذكر الصفة اذا كان في البلد نقد واحد معروف — الا اذا كان قـد مضى من وقت البيع الى وقت الخصومة زمـان طويل بحيث لا يعلم نقد البلد في ذلك الوقت فحينئذ لا بد من بيان ان نقد البلد في ذلك الوقت كيف كان ، وبيـان صفتـه بحيث تقع المعرفـة من كل وجـه اه .

وفيهـا عن المحيط ان كان في البلد نقود مختلفة والكل في الرواج

على السواء. لا صرف اي لا فضل للبعض على البعض يجوز البيع ويعطى المشتري اي النقدين شاء — الا ان في الدعوى يعين احدهما وان كان الكل في الرواج على السواء وللبعض صرف على البعض كما كانت النطر يفيه والعدالية في ديارنا قبل هذا لا يجوز البيع الا بعد بيانه وكذا لا تصح الدعوى من غير بيانه اه .

وان كان احد النقدين اروج وللاخر فضل فالعقد جائز وينصرف الى الاروج .

ورأيت بخط الاستر وشنى اذا كان في البلد نقود واحدها اروج ، لا تصح الدعوى ما لم يبين كذا في الفصول العمادية اه

هذا اذا كان الدين المدعى به نقوداً — فان كان المدعى مكيلا فانما تصح الدعوى اذا ذكر المدعي جنسه بانه حنطة او شعير ، ونوعه انها سقية او برية خريفية او ربيعية ، وصفته انها جيدة او وسطة او رديئة ، وقدرها بالكيل فيقول كذا قفيزاً ، لان المقدار في الحنطة الكيل ويذكر بقفيز كذا لان القفزان تتفاوت في ذاتها اه كفاية

وفي الهندية لو ادعى الحنطة او الشعير بالامناء يعني بالارطال فالمختار للفتوى انه يسئل المدعى عن دعواه — فان ادعى بسبب القرض او الاستهلاك لا يفتى بالصحة ، وان ادعى مكايلة حتى صحت بلا خلاف واقام البينة على اقرار المدعى عليه بالحنطة والشعير ولم يذكر الصفة في اقراره ، قبلت البينة في حق الجبر على الاداء . وفي الذرة والملح يعتبر العرف يعني في كونه وزنياً او كيلياً . واذا ادعى الدقيق بالقفيز لا تصح ومتى ذكر الوزن حتى صحت دعواه ، لا بد ان يذكر انه دقيق منخول او غير منخول ويذكر مع ذلك انه مخبوز او غير مخبوز والجودة والوساطة والرذائة اه .

المادة ١٦٢٧ — اذا كان المدعى به اعياناً فلا يلزم بيان سبب الملكية بل تصح دعوى الملك المطلق بقوله

هذا المال لي اما اذا كان ديناً فيسئل عن سببه وجهته يعني يسئل هل هو ثمن مبيع او اجرة او دين من جهة اخرى والحاصل انه يسئل من اي جهة كان ديناً .

اعلم انه لم يشترط احد من ارباب المتون لصحة دعوى الدين بيان سبب وجوبه — الا صاحب التنوير فانه قال ولو كان ديناً ذكر وصفه وفي دعوى المثليات لا بد من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب اه .

قال في شرحه منح الغفار . ولذا قال في البحر معزيا للخزانة واذا ادعى عليه عشرة اقفزة حنطة دينا عليه ولم يذكر باي سبب ، لا تسمع ولا بد من بيان السبب ، لانها اذا كانت بسبب السلم فانما يكون له حق المطالبة في الموضع الذي عيناه وان كانت بسبب القرض او بكونه ثمن مبيع ، يتعين مكان القرض والمبيع مكانا للايفاء ، وان كانت بسبب الغصب والاستهلاك فيكون له حق المطالبة بتسليم الحنطة في مكان الغصب والاستهلاك اه .

الى هنا عبارة المنح . وما عزاه الى البحر ذكره في شرح قول الكنز وان كان ديناً ذكر وصفه وذكر قبله في شرح قول الكنز : ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيئاً علم جنسه وقدره ما نصه : ولم يشترط المصر بيان السبب وفيه تفصيل فان كان المدعى دينا لم يشترط وللقاضي ان يسأله عن سببه فان لم يبيّن لم يجبر كما في الخانية . ولو كان المدعى مكيلاً فلا بد من ذكر سبب الوجوب ، لاختلاف الاحكام باختلاف الاسباب حتى ان من اسلم يحتاج الى بيان مكان الاستيفاء ويمنع الاستبدال قبل قبضه . وثمن المبيع بخلافه فيهما . وان من قرض لا يلزم التأجيل اه .

وعبارة الخانية بحروفها : وان ذكر مدعي الدين جميع ذلك

يعني القدر والجنس والصفة ولم يذكر السبب فقال المدعى عليه سله من اي وجه يدعي ، يسئله القاضي عن ذلك — فانْ ابى ان يبيّن ، ذكر عامة الروايات ان القاضي لا يجبره على بيان السبب وذكر الشيخ الامام عليّ بن محمد البزدوي ان القاضي اذا سئله عن السبب لا يجب عليه ان يجيب ، لان المدعي قد يستحي عن بيان السبب او يشق عليه بيانه فان بين المدعى عليه وقال هذا المال الذي يدعي علي من ثمن خمر او ميتة قال ابو حنيفة يصير مقراً بالمال اذا كذبه المدعي في السبب وقالا ان بيّن مفصولا فكما قال ابو حنيفة وان بين موصولا يصح بيانه

واصل المسئلة اذا قال لغيره لك علي الف درهم من ثمن جارية بعتنيها الا اني لم اقبض قال ابو حنيفة يؤخذ بالمال وقالا كذلك ان فصل — وان وصل لم يلزمه شيء. ولو ابتدأ بالسبب وقال انه باعني الخمر او الميتة بكذا ، لا يصير مقراً بالمال اه .

وفي الانقروية معزيا للخانية من باب اليمين وشرح ادب القاضي : لو طلب المدعى عليه من القاضي ان يسئل المدعي من اي وجه يدعي علي هذا المال — ان سأله القاضي من ذلك فهو حسن وان لم يبين لا يجبره القاضي على ذلك ، لان الواجب على المدعي تصحيح الدعوى ودعوى مطلق المال دعوى صحيحة كدعوى المال مع السبب اه .

وفي السادس من الفصولين برمز ( ش ) : لا بد في دعوى دين البر من بيان السبب فانه لو بسلم فله مطالبته في مكان عيناه ولو بغصب او بقرض او ثمن مبيع يتعين مكان الغصب والقرض والبيع للايفاء . اه .

وفيه بعد اسطر : ذكر الامام جلال الدين دعوى المثليات لا تصح — الا ببيان السبب لاحتمال ان السبب هو الغصب وانه يختلف باختلاف موضع الغصب في المطالبة ( ج ) يذكر في دعوى غصب القدري سوى الدراهم والدنانير مكان الغصب ، ليعلم هل له ولاية المطالبة ( عده ؟

في دعوى الوديعة لا بد من ذكر بلد الايداع سواء له حمل

ومونة اولاً وفي دعوى الغصب لو لم يكن له حمل ومونة لا يشترط بيان مكان الغصب اه .

وفيه بعد نحو ورقة في دعوى الغطارفة والعدالي والفلوس لا بد من بيان السبب بخلاف سائر الدعاوي من دعوى الاملاك والاعيان والكيلي والوزني والذهب والفضة فانه لا يحتاج الى ذكر السبب ولا فرق بين ذكره وتركه - بخلاف الغطارفة والعدالي والفلوس لانه يجوز ان يكون بسبب البيع ولم تقبض الغطارفة حتى كسدت فيفسد البيع .

قال رحمه الله تعالى لم يشترط جلال الدين في دعوى غير الغطارفة والعدالي والفلوس بيان السبب لصحتها في هذا المختصر وذكر في موضع اخر لو ادعى على اخر قدراً من بر او غيره من الوزني وطالبه بالمثل لا تصح بلا بيان السبب لاحتمال ان السبب الموجب هو الغصب وانه يختلف باختلاف المكان اه .

واضطرب كلام الاشباه هنا قال في كتاب الدعوى : للقاضي ان يسئل عن سبب الدين احتياطاً فان ابى الخصم عن البيان لا يجبر عليه كما اذا طلب الخصم اخراج دفتر الحساب يامره القاضي باخراجه ولكن لا يجبره اه .

وعزاه للخانية ثم ذكر فيه بعد نحو كراس ما نصه : لا يشترط في صحة الدعوى بيان السبب الا في دعوى العين كما في البزازية اه

قال شارحها الشيخ مصطفى الرملي لان القاضي لا يعلم منها باي ملك يقضى فالملك بالهبة غير الملك بالبيع في احكام كثيرة كما في البزازية اه .

مع ان عبارة البزازية على ما في شرحها للحموي هكذا واعلم ان مشايخ فرغانة ذكروا ان الشرط في دعوى العقار في بلاد قدم بناؤها ، بيان السبب ولا تسمع فيه دعوى الملك المطلق لوجود ثلاثة - منها ان دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الاصل بسبب الخطة ومعلوم ان

صاحب الخطة في مثل تلك البلاد غير موجود فيكون كذباً لا محالة فكيف يقضى بـه الى اخر الوجوه الثـلاثة قالوا وهـذه الموانع غير متحققة في المنقول ، لعدم المانع من الحمل على التملك من الاصـل اه

قال الحموي ومنه يعلم ما في نقل المص من الخلل من وجوه — الاول ان البزازية لم يذكر هذا الاستثناء الذي ذكره المص الثاني ان البزازي عبر بالعقار وهو اخص من العين الثالث ان البزازي نسب ذلك الى مشايخ فرغانة ولم يطلق الرابع ان مشايخ فرغانة قيدوا ذلك ببلاد قدم بناؤها ولم يطلقوا اه .

ثم ذكر في الاشباه ايضاً بعد ما تقدم بنحو ست ورقات ما نصه: لا يلزم المدعي بيـان السبب ويصح بدونه — الا في موضعين في المثليات ودعوى المرأة الدين على تركة زوجها اه .

قـال الحموي يعني لو ادعت المرأة مـالاً على ورثـة الزوج لم تصح مـا لم تبين السبب لجواز ان يكون دين النفقة وهي تسقط بموته جملة اه .

والحـاصل ان كلامهم في هـذه المسئلة مضطرب والذي يظهر من مجموع هذه النقول ان المسئلة خلافية — فمنهم من قال لا يلزم المدعي بيان السبب مطلقاً — لكن ينبغي للقاضي ان يسئله عن السبب فـان بيَّنه والا فلا يجبر على البيان وهو المذكور في الخانية وعليه عامة الروايات ويؤيده خلو جميع المتون واكثر الشروح عن ذكر هـذا الشرط لصحة الدعوى ومنهم من اشترط لصحة دعوى الدين فقط ، بيان سببه لكن لا مطلقـاً بل اذا كان الدين المدعى به مثلياً له حمـل ومؤنه كالحنطة ونحوها وكذا اذا ادعت امرأة دينا على زوجها بعد موته كما تقدم عن الاشباه وهذه منصوص عليها ايضا .

في السادس من جامع الفصولين ومنهم من اشترط بيـان السبب في دعوى العقار فقط في بلاد قدم بناؤها عللوا ذلك بثلاثة اوجه قدمنا

احدها وهم مشايخ فرغانة فقط وقد اشار الحموي وغيره الى ضعفه . ومنهم من اشترطه في دعوى النقود ، من غير الذهب والفضة اذا كانت كاسدة وقت الدعوى كالعطارفة والعدالي والفلوس كما تقدم نقله عن جامع الفصولين واما اشتراط بيان السبب لصحة دعوى دين الدراهم والدنانير وما اشبهها مما ليس له حمل ومؤنة فلم يقل به احد ومن تأمل فيما نقلناه عن جامع الفصولين والبحر والانقروية وغيرها . وفي امثلتهم وفي تعليلهم للزوم بيان السبب في المثليات جزم بما قلناه وحينئذ فقوله في هذه المادة لما اذا كان دينا فيسئل عن سببه الخ .

يحتمل ان يكون المراد منه انه ينبغي للقاضي ان يسئله عن سبب الدين وان كانت دعواه صحيحة بدون بيانه السبب . وهذا هو الظاهر كما لا يخفى فتكون المجلة جارية على ما في الخانية عملا بما ذكر في عامة الروايات ، ويحتمل ان يكون المراد من الدين المدعى به ما كان من المثليات التي لها حمل ومؤنة كالحنطة ونحوها

والمراد من قوله يسئل عن سبب الدين ان يسئل لتصح دعواه اخذاً بما ذكره في المنح تبعاً للبحر وغيره كالبزازية والظهيرية لكن لو كان المراد هذا لكان حق العبارة ان يقول اما اذا كان ديناً فيلزم بيان السبب لتتم المقابلة بينه وبين قوله في دعوى الاعيان لا يلزم بيان سبب الملكية فتدبر واغتنم هذا التحرير الذي سكتت عن توضيحه الاجلاء النحارير

ثم اعلم ان بيان المدعى سبب الوجوب قد يوجب عليه بيانا اخر لا تصح دعواه بدونه سواء كانت دعواه بالعين او بالدين فقد ذكر الشارح اللبناني عازياً للانقروية لكنني لم اره فيها الآن ، انه لو بين السبب فقال هو ملكي بسبب وقوعه في حصتي عند القسمة ، فلا بد من ان يذكر ان القسمة كانت بالقضاء او الرضى كما في البزازية وانه لو ادعى شيئاً بسبب الشراء ان ادعاه من صاحب اليد صحت الدعوى بهذا القدر .

وذكر في الجامع انه يشترط ان يقول والبايع يملكه وان ادعاه من غيره لا يصح حتى يذكر احد الاشياء الثلاثة اثبات الملك لبايعه

وقت العقد او اثبات الملك لنفسه في الحال او اثبات القبض او التسليم . ولا بد من ذكر الثمن فيها حتى لو ادعى انه ملكه اشتراه من فلان وهو يملكه ولم يبين الثمن لا تقبل — اما لو قال اشتريت ونقدت الثمن تقبل وان لم يبين الثمن . والفرق انه اذا لم يقل نقدت الثمن كان العقد قائما ولم يكن منتهياً فكان المدعى هو العقد والقضاء بالعقد لا يمكن الا بالقضاء بالثمن وانه مجهول واذا قال نقدت الثمن كان العقد منتهياً فكان المدعى هو الملك والقضاء بالملك ممكن ام

وذكر في البحر انه لو ادعى دينا هو قيمته بضاعة او وديعة بسبب الموت مجهلًا لا بد ان يبين القيمة يوم موته اذ الواجب عليه قيمته يوم موته وفي دعوى مال المضاربة بموت المضارب مجهلًا لا بد من ذكران مال المضاربة يوم موته نقد ، او عرض لانه لو عرضا فله ولاية دعوى قيمة العرض . وفي دعوى مال الشركة بموته مجهلًا لا بد من ذكرانه مات مجهلًا لمال الشركة ام للمشتري بمال الشركة ، اذ مال الشركة مضمون بالمثل والمشتري بمال الشركة مضمون بالقيمة . ولو ادعى مالاً بكفالة لا بد من بيان المال انه باي سبب لجواز بطلانها اذ الكفالة بنفقة المرأة اذا لم تذكر مدة معلومة ، لا تصح الا ان يقول ما عشت او ما دمت في نكاحه والكفالة بمال الكتابة لا تصح وكذا بالدية على العاقلة ولا بد ان يقول واجاز المكفول له الكفالة حتى لو قال في مجلسه لم يجز اه .

قلت وهذا اي قوله لا بد ان يقول واجاز المكفول له الخ — لنا يتمشى على قول ابي حنيفة ومحمد من ان من شرط صحة الكفالة قبول المكفول له او قبول فضولي عنه في مجلسها وهو الذي مشت عليه المتون اما على قول ابي يوسف المفتى به على ما في الدر والدرر وعليه مشت المجلة في المادة ٦٢١ فلا حاجه الى ان يقول المدعى واجاز المكفول له الخ كما هو ظاهر فافهم .

وذكر في البحر ايضاً ان في دعوى الدين على الميت لو قال توفى

بلا ادائه وخلف من التركة بيد هذا الوارث ما يفي تسمع هذه الدعوى وان لم يبيّن اعيان التركة وبه يفتى — لكن انما يأمر القاضي الوارث باداء الدين لو ثبت وصول التركة اليه ولو انكر وصولها اليه لا يمكن اثباته الا بعد بيان اعيان التركة في يده بما يحصل به الاعلام. ولو ادعى الدين بسبب الوراثة ، لا بد من بيان كل ورثة الميت وفي دعوى السعاية لا يجب ذكر قابض المال ولكن في محضر دعواها لا بد ان يفسر السعاية لننظر انه هل يجب الضمان عليه لجواز انه سعى بحق فلا يضمن .

وفي دعوى العقد من بيع واجارة ووصية وغيرها من اسباب الملك ، لا بد من بيان الطوع والرغبة بان يقول باع منه طايعاً وراغباً في حال نفاذ تصرفه لاحتمال الاكراه — وفي دعوى التخارج والصلح عن التركة لا بد من بيان انواع التركة وتحديد العقار وبيان قيمة كل نوع ليعلم ان الصلح لم يقع على ازيد من قيمة نصيبه لانهم لو استهلكوا التركة ثم صالحوا المدعي على ازيد من حصته لم يجز عندهم كما في الغصب — وفي دعوى البيع مكرها لا حاجة الى تعيين المكره اه .

وفي التكملة عن جامع الفصولين : وفي دعوى الاكراه على بيع وتسليم ينبغي ان يقول بعته مكرهاً وسلمته مكرهاً ولي حق فسخه فافسخه ولو قبض ثمنه يذكر وقبضت ثمنه مكرهاً ويبرهن على كل ذلك ولو ادعى فساد بيع ، يستفسر عن سبب فساده لجواز ان يظن الصحيح فاسداً اه .

وفي فتاوي الانقروي : وفي دعوى الاجارة المفسوخة ينبغي ان يذكر اول المدة واخرها وتسليم المستأجر ولو لم يذكر واحداً منها لا تصح الدعوى فلو اعاد الدعوى بعد مدة وذكر تسليم المستأجر واول المدة واخرها صح . وكذا في دعوى ثمن المبيع اذا لم يذكر تسليم المبيع ثم اعاد الدعوى بان تعلم من عالم في مجلس القضاء صحت الدعوى وكذا لو ذكر المدعي اول المدة واخرها وذكر التسليم وشرايط اخر ولم يذكر الشاهد ثم

ذكر تقبل اه .

وفيما ادعى انه باع مشتركا بيني وبينه فاجزته فلزم تسليم نصف الثمن الي لم تجز هذه الدعوى ما لم يذكر ان هذه العين كان قائماً بيد المشتري وقت الاجازة – ولا بد ايضاً من ذكر رواج الثمن وقت الاجازة فانه لو كسد وقتها لا تعمل الاجازة – ولا بد ايضا من ذكر قبض البايع ثمنه من المشتري ، اذ الاجازة في الانتهاء كاذن ابتداء والوكيل لا يطالب بتسليم الثمن قبل قبضه من المشتري ويسئل القاضي المدعى ان العين كان مشتركاً بينكما شركة ملك او عقد فلو قال شركة ملك لا بد من ذكر هذه الشروط – ولو قال شركة عقد لا حاجة الى قيام العين وقت الاجازة ، اذ العقد نفذ حال وجوده ولكن يشترط قبض الثمن اه .

وفي الهندية ويذكر في السلم شرائط صحته . ولو قال بسبب السلم الصحيح ولم يبين شرائط صحة السلم كان القاضي الامام شمس الاسلام محمود الاوزجندي يفتي بصحتها وغيره من المشايخ لا يفتون بصحتها . وفي دعوى البيع بان قال بسبب بيع صحيح صحت الدعوى بلا خلاف وعلى هذا كل سبب له شرائط كثيرة لا بد فيه من تعداد الشرائط لصحة الدعوى عند عامة المشايخ . وان لم تكن له شرائط كثيرة يكتفي بقوله بسبب صحيح ويذكر في دعوى القرض القبض وصرف المستقرض ذلك الى حاجة نفسه ليصير ذلك ديناً عليه بالاجماع وكذلك يذكر في دعوى القرض انه اقرضه كذا من مال نفسه اه .

اي لجواز ان يكون وكيلًا بالاقراض والوكيل بالاقراض سفير ومعبّر ليس له ان يطالب بالاداء . وفي الهندية رجل ادعى على آخر كذا مالاً بسبب حساب بينهما – ذكر هذا السبب ليس بصحيح ، لان الحساب ليس بسبب لوجوب المال .

المادة ١٦٢٨ – حكم الاقرار هو ظهور المقر به وليس حدوثه بداءة ولهذا لا يكون الاقرار سبباً للملك بناء عليه لو

ادعى المدعي على آخر شيئاً وجعل سببه اقراره فقط ، لا تسمع دعواه مثلاً لو ادعى المدعي بقوله ان هذا المال لي وان هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان اقر بانه مالي تسمع دعواه ، واما اذا ادعى بقوله ان هذا المال لي لان هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان اقر بانه مالي ، تسمع دعواه — وكذلك لو ادعى المدعي بقوله ان لي في ذمة هذا الرجل كذا غروشاً من جهة القرض حتى انه كان اقر بانه مديون لي بهذا المبلغ من هذه الجهة تسمع دعواه ، واما اذا ادعى بقوله ان لي في ذمة هذا الرجل كذا غروشاً لانه كان اقر بانه مديون لي بالمبلغ المذكور من جهة القرض فلا تسمع دعواه .

حاصله ان الاقرار عبارة عن اظهار ما كان ثابتاً قبله لما تقدم في المادة ١٥٧٣ من ان الاقرار اخبار الانسان عن حق عليه لآخر فيكون حكمه ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء وحيث كان كذلك لا يكون سببا للملك لان المسبَّب لا يتقدم على سببه وكون الاقرار اخباراً محضا هو مقتضى اطلاق عامة المتون خلافاً لما مشى عليه صاحب التنوير تبعا للبحر من انه اخبار بحق عليه من وجه انشاء من وجه ولمن قال انه انشاء محض فان كلا القولين مخالف للصحيح وقدمنا تحقيق ذلك في شرح المادة المذكورة وحيث تقرر ان الاقرار اخبار لا سبب للزوم المقر به على المقر فاذا علل المدعي وجوب المدعى به على المقر باقراره يصير كأنه قال اطالبه بما لا سبب لوجوبه عليه او لزومه الا اقراره لا يحل له تناول المقر به واما اذا قال هو ملكي وانه اقر لي به تسمع دعواه منح

وفي جامع الفصولين اذا ادعى انه له لما انه اقر به ذو اليد او

ادعى عليه دراهم وقال لما انه اقر بها لي او قال ابتداء انه اقر ان هذا العين لي او اقر ان لي عليه كذا قيل تصح هذه الدعوى وقيل لا وهو قول عامة المشايخ لان نفس الاقرار لا يصلح سبباً للاستحقاق فان الاقرار كاذبا لا يثبت الاستحقاق للمقر له فقد اضاف الاستحقاق الى ما لا يصلح سبباً — وكذا اختلفوا انه هل يصح دعوى الاقرار من طرف الدفع — حتى لو برهن المدعى عليه ان المدعي اقر ان لا حق له على المدعى عليه او ان المدعي اقر ان هذا ملك المدعى عليه — قيل لا يقبل والعامة على انها تقبل وتصح الدعوى . واجمعوا انه لو قال هذا ملكي وهكذا اقر به ذو اليد او قال لي عليه كذا وهكذا اقر به المدعى عليه فانه يصح وتسمع البينه على اقراره اذ لم يجعل الاقرار سببا للوجوب .

وفي هذه الصورة لو انكر هل يحلفه على اقراره فيه خلاف بين الصاحبين — قيل يحلف لانه لو نكل ثبت اقراره ويفتى بعدم تحليفه على اقراره وانما يحلف على المال . وفي دعوى الدين لو قال المدعى عليه ان المدعي اقر باستيفائه وبرهن عليه فقد قيل لا يسمع لانه دعوى الاقرار في طرف الاستحقاق ، اذ الدين يقضي بمثله ففي الحاصل هذا دعوى الدين لنفسه فكان دعوى الاقرار في طرف الاستحقاق فلا تسمع اه .

قال في رد المحتار ومثل ما في الفصولين في البزازية وزاد فيها : وقيل يسمع لانه في الحاصل يدفع اداء الدين عن نفسه فكان في طرف الدفع ذكره في المحيط وذكر شيخ الاسلام : برهن المطلوب على اقرار المدعي بانه لا حق له في المدعى او بانه ليس بملك له او ما كانت ملكاً له تندفع الدعوى ان لم يقر به لانسان معروف . وكذا لو ادعاه بالارث فبرهن المطلوب على اقرار المورث كما ذكرنا وتمامه فيها اه .

لكن نقل بعده عن الدرر لو اقام المدعى عليه بينة ان المدعي اقر ان هذا العين ملك المدعى عليه قال بعضهم لا تقبل وعامتهم هنا على القبول اه . فتأمل

المادة ١٦٢٩ — يشترط ان يكون المدعى به محتمل الثبوت بناء عليه لو ادعى ما وجوده محال عقلاً او عادة لا يصح الادعاء مثلاً اذا ادعى احد في حق من هو اكبر منه سناً او في حق من نسبه معروف بانه ابنه لا تكون دعواه صحيحة .

اما عدم سماع دعوى المستحيل العقلي كالمثال المذكور في هذه المادة فنصوص عليه في كتب المذهب كما في الهندية وغيرها وذكره في البحر اول كتاب الدعوى واما عدم سماع دعوى المستحيل العادي ، فقال في البحر لم ار حكمه ثم ذكر اخر باب التحالف ان صاحب الملتقط استنبط من فرع ذكر في نوادر هشام عن محمد رجل يعرف بالحاجة والفقر ليس في بيته الا بورية ملقاة صار بيده غلام عرف باليسار وعلى عنق العبد بدرة فيها عشرون الف دينار فادعاه رجل يعرف باليسار وادعاه صاحب البيت فهو للذي عرف باليسار وكذا كناس في منزل رجل وعلى عنق الكناس قطيفة فقال هي لي وادعاها صاحب المنزل ايضا فهي لصاحب المنزل اه ، ان من شرط سماع الدعوى ان لا يكذب المدعي ظاهر حاله كما هو مصرح به في كتب الشافعية فلو ادعى فقير ظاهر الفقر على رجل اموالا عظيمة قرضا او ثمن مبيع لا تسمع فلا جواب لها .

ثم قال صاحب البحر ثم رأيت بن الفرس في الفوائد الفقهية صرح به والله اعلم هل هو منقول او قاله تفقها كما وقع لي فقال ومن شروط صحة الدعوى ان يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لا يكون مستحيلا عقلاً او عادة فان الدعوى والحال ما ذكر ظاهرة الكذب لان المستحيل العادي كالمستحيل العقلي مثال المستحيل عادة

دعوى من هو معروف بالفقر والحاجة وهو يأخذ الزكاة من الاغنياء على آخر انه اقرضه ماية الف دينار ذهبا نقداً دفعة واحدة وانه تصرف فيها لنفسه وانه يطالبه برد بدلها .

فمثل هذه الدعوى لا يلتفت اليها القاضي لخروجها مخرج الزور والفجور ولا يسئل المدعى عليه عن جوابها اه .

قلت اللهم الا اذا ادعى عليه مالا عظيما كان ورثه من مورثه المعروف بالغنى فحينئذ تسمع اه .

كلام البحر قلت وقد افتى الخير الرملي في كتاب الدعوى من فتاويه وكذا الشيخ اسماعيل الحايك تبعا لما ذكر في فتاوى ظهير الدين بان دعوى المرأة على زوجها او على ورثته بعد موته بمعجل مهرها بعد تسليم نفسها لزوجها ، لان العادة قد جرت انها لا تسلم نفسها قبل قبضها المشروط تعجيله من المهر وما ذاك الا لان الدعوى بالمستحيل عادة لا تسمع لكن المذكور في الخانية والبزازية والفصولين والعمادية وغيرها ، ان القول قول الزوج او ورثته بعد موته في الدفع ، لتمسكه بالظاهر وهو شهادة العرف والعادة لما وهو يقتضي سماع الدعوى وهذا هو الظاهر اذ ليس كل ما خالف العادة يعد مستحيلا عادة لا سيما اذا كانت العادة تتخلف في بعض البلدان ولذا في دعوى المرأة مهرها بعد الدخول رسالتان

احداهما رفع الاشتباه واللبس في سماع دعوى المرأة ما شرط لها تعجيله من المهر بعد تسليمها النفس

والثانية اشهار النصل على القول الفصل رددنا بها على بعض المعاصرين المكابرين .

المادة ١٦٣٠ — يشترط ان يكون المدعى عليه محكوماً وملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى مثلاً لو اعار احد آخر شيئاً وخرج شخص آخر وادعى بقوله انا من متعلقاته

ج — ٥

قليمزني لا تصح دعواه كذلك لو وكل احد آخر بخصوص وخرج شخص آخر وادعى بقوله انا جاره وبوكالتــه انسب فليوكلني لا تصح دعواه لان لكل واحد ان يعير ماله من شاء وبتقدير ثبوت هــذه الدعاوي وامثالها لا يترتب في حق المدعى عليه حكم ·

لان الدعوى اذا لم تكن ملزمة شيئاً على الخصم على تقدير ثبوتها تكون عبثاً ، ولذا لا تصح دعوى التوكل على موكله الحاضر لا مكان عزله كما في البحر عن العناية وكذا لا تصح الدعوى من احد على غيره انه وكيله ، لامكان عزل نفسه . وفي فتاوي الانقروي معزياً للقنية ادعى على آخر انك وكيل في تسليم المتاع الذي اشتريته من فلان بتوكيله اياك لا تسمع لانه وان ثبتت وكالته به لا يلزمه التسليم اھ .

وفيها عن دعوى النصاب · لو قال اشترى وكيلي منك هــذه الدار بكذا ، لا تسمع لان الوكيل بالشراء يشتري لنفسه اولا وهو لا يملك اثبات الملك للغير لكن هــذا التعليل يكون على مــا ذهب اليه الكرخي من ان الملك يثبت للوكيل اولاً ثم ينتقل الى الموكل وفي اواخر دعوى الخلاصة مسئلة تــدل عليه حيث قال ادعى داراً في يــد رجل فقال المدعى عليه اشترى وكيلي منك لا يصح هذا الدفع

وقال في الحادي والعشرين من العمادية الوكيل بالشراء اذا اشترى قريبه لا يعتق واذا اشترى زوجته لا يفســد النكاح وان كان الملك يثبت للمشتري اولاً وذهب ابو طــاهر ان الملك يثبت للموكل اولاً اي ابتــداء .

وفي اواخر الخــامس من وكالة البزازية وهو الاصح وهو المختــار في الكنز وغيره اھ .

وعليــه فتصح دعوى ان وكيلي اشترى منك هــذه الدار لاجلي

وتسمع فتنبه .

وفي السادس من الفصولين ادعى على اخر ان وصي باع منك اقشتي كذا وكذا في حال صغري بكذا ومات . ولم ياخذ ثمنها فادفعه الي فقد قيل لا يصح هذه الدعوى اذ حق القبض لوارث الوصي او وصيه وعلى قول ( ض ) في وكيل البيع اذا مات قبل قبض الثمن فحق قبضه لموكله ينبغي ان ينتقل هنا حق القبض الى البالغ ويصح دعواه اه .

# الفصل الثانی

## في دفع الدعوى

### تنبيهات

الاول دفع الدعوى لا يصح من غير المدعى عليه الا اذا كان ضرر الدعوى عايداً عليه كما في هامش الانقروي كما اذا كان المدعى عليه احد الورثة فبرهن الوارث الاخران المدعي اقر بكونه مبطلا في الدعوى فانه يقبل كما في البحر والاشباه عن البزازية وكما اذا استحق المبيع من يد المشتري فبرهن البايع على المستحق انه باعه منه قبل ان ان يبيعه هو من المشتري فيقبل هذا الدفع من البايع وان لم تكن الدعوى عليه .

كما في جامع الفصولين رامزاً للذخيرة . ويمكن ان يقال لا استثناء اصلا لان كلا من الوارث الاخر في المسئلة الاولى والبايع في المسئلة الثانية مدعى عليه معنى .

الثاني الدفع الصحيح للدعوى الفاسدة التي اتفقت الايمة على فسادها

صحيح في الاصح كما في البزازية

قال في البحر بعد نقله فان قلت منا فائدة دفع الدعوى الفاسدة مع ان القاضي لا يسمعها قلت تفقها ولم اره فائدته لو ادعاها على وجه الصحة كان الدفع الاول كافياً اه .

اقول وفي الانقروية معزيا للتتارخانية لو ادعى المدعى عليه دفع الدعوى الفاسدة يطالب باثبات دفعه ولا يطالب المدعي بتصحيح دعواه وعليه الاعتماد وبه يفتى اه ملخصاً .

الثالث قال في البحر وكما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد اقامته ايضاً وكما يصح قبل الحكم يصح بعده ودفع الدفع ودفعه ون كذا صحيح في المختار وقيل لا يسمع بعد ثلاث اه .

ومثله في جامع الفصولين قال فيه حتى لو برهن على مال وحكم له ثم برهن خصمه ان المدعي اقر قبل الحكم انه ليس له عليه شيء يبطل الحكم اقول ينبغي ان لا يبطل الحكم لو امكن التوفيق بحدوثه بعد اقراره اه .

ودفع بان هذا مسلم على القول بالاكتفاء بمجرد مكان التوفيق وما تقدم مبني على اختيار اشتراط التوفيق بالفعل افاده محشي البحر عن نور العين . ونقل في البحر عن خزانة الاكمل والفصول ان القاضي لو قضى ببينة المدعي ثم برهن ذو اليد على ان المحكوم به وديعة فلان عندي او غصبته منه ونحوه لم تسمع ثم قال ان قولهم ان الدفع بعد الحكم صحيح مخالف له الا ان يخص من الكلي اه .

فتكون دعوى الايداع ونحوه مستثناة من قولهم الدفع بعد الحكم صحيح .

ونقل محشي البحر العلامة ابن عابدين عن نور العين انه قال ولعل ما نقل عن خزانة الاكمل مبني على القول بان الدفع بعد الحكم لا يسمع وهو خلاف القول المختار او يجاب بان المدعى عليه اذا لم يدع الايداع اولا وادعاه ولم يبرهن عليه لم يظهر ان يده ليست يد خصومة فتوجهت

عليه دعوى الخارج وصح الحكم بها بعد اقامة البينة على الملك لانها قامت على خصم ثم اذا اراه المدعي عليه ان يثبت الايداع لا يمكنه ، لانه صار اجنبياً يريد اثبات الملك للغائب وايداعه فلم تتضمن دعواه ابطال القضاء السابق . والدفع انما يصح اذا كان فيه برهان على ابطال القضاء كما سنذكره ولما لم يقبل برهانه ولا دعواه لما قلنا لم يظهر بطلان القضاء وعلى هذا لا ترد مسايل مخمسة الدعوى على القول المختار من ان الدفع يقبل ولو بعد الحكم فليتأمل اه .

اي لان الدفع الذي يقبل بعد الحكم هو دفع المدعى عليه ومدعي الايداع ونحوه خرج بعد الحكم عن كونه مدعى عليه، لانه صار اجنبياً . ثم ان صورة ما زاد على دفع الدفع كما في حاشية البحر عن نور العين : ادعى ملكاً مطلقاً فقال المدعى عليه اشتريته منك فقال المدعي قد اقلت البيع فلو قال الاخر انك اقررت اني ما اشتريته يسمع اذا ثبتت العدالة اه .

والظاهر ان المراد بالعدالة عدالة الشهود لان القول المختار ، فيما لو كان الشهود عدولا كما في البحر او يحتمل ان يكون المراد بها عدالة مدعى الدفع ففي الفصولين رامزاً الى فتاوي ظهير الدين : متقدموا مشايخنا جوزوا دفع الدفع . وبعض متأخريهم على انه لا يصح وقيل يصح ما لم يظهر احتيال وتلبيس اه .

الرابع دفع الدعوى يطلق ويراد منه رد دعوى المدعي فيما يدعيه لاسباب شتى اعم من ان تكون لعدم صلاحية المدعى عليه لان يكون خصما له فيما يدعيه او غير ذلك ككون المدعى متناقضا في دعواه او كونه استوفى الحق الذي يدعيه او ابرأ المدعى عليه منه الى غير ذلك من الاسباب وهذا النوع هو المعني بهذا الفصل . ومسايله كثيرة لا تحصر ذكرت متفرقة في ابواب كتب الفقه ومن جملتها المسايل المذكورة في المادة الاتية وقد يطلق ويراد منه رد خصومة المدعى لكون المدعى عليه لا ينتصب له خصما فيما يدعيه وهذا النوع مخصوص في مخمسة الدعوى المترجم

له في التنوير وغيره بفصل في دفع الدعوى ولهذا لم يذكر في ذلك الفصل من صور دفع الدعاوي الا بخمسة الدعوى ولا بد من بيانها فنقول لو ادعى على اخر عيناً منقولاً كان او عقاراً بالملك المطلق فقال المدعى عليه هذا الشيء المدعى به اودعنيه او اعارنيه او اجرانيه او رهنيه زيد الغائب او غصبته منه وبرهن عليه والعين قايمة وقال الشهود نعرف الغايب باسمه ونسبه او بوجهه فقط، دفعت خصومة المدعي . وهذا قول الامام وقال محمد لا بد من ان يعرفه الشهود بوجهه وباسمه ونسبه . ومحل الخلاف بينهما اذا ادعاه الخصم من معين بالاسم والنسب فشهدا بمجهول الاسم والنسب وقالا نعرفه بوجهه — اما لو ادعاه من مجهول لم تقبل الشهادة اجماعاً وعلى قول محمد تعويل الايمة كما في البزازية وقال ابو يوسف ان كان المدعى عليه صالحاً فكما قال ابو حنيفة ومحمد وان كان معروفاً بالحيل لا تندفع الدعوى، وان برهن، لانه قد يدفع مال غيره الى مريد سفر فيودعه مريد السفر بشهادة الشهود حتى اذا جاء المالك واراد اثبات ملكه اقام ذو اليد بينة على ان فلاناً الغايب اودعه فيبطل حقه بالحيلة قال في الملتقى وبه يوْخذ واختاره في المختار فصارت اقوال ايمتنا في هذه المسئلة ثلاثة .

قال في البحر وفي البزازية : لو قال الشهود اودعه من نعرفه بالطرق الثلاثة لكن لا نقوله ولا نشهد به ، لا تندفع . ومقتضاه ان المدعى عليه لو اجاب بذلك لا يكفي وكذا لو قال اعرفه الا اني نسيته اه .

وقال بن شبرمة ان الدعوى لا تندفع مطلقاً لانه تعذر اثبات الملك للغائب ، لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه .

قلنا مقتضي البينة شيئان اثبات الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فتثبت .

وقال ابن ابي ليلى تندفع بدون بينة لاقراره بالملك للغائب قلنا صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحوا مستحقاً على نفسه فلا يصدق

الا بحجة — فصار في المسئلة اقوال خمسة علماء فسميت المسئلة المخمسة لذلك ، ولان صورها خمس وديعة واجارة واعارة ورهن وغصب كما تقدم.

واعترض بان صورها لا تنحصر في الخمسة المذكور فان الحكم كذلك لو قال وكلني الغائب بحفظه او اسكنني فيها او سرقته منه او اخذته منه او ضل منه فوجدته او هو بيدي بالمزارعة منه — واجيب بان الست المزيدة راجعة الى الخمسة الاصول ، لان الاولين راجعان الى الوديعة ، لان الكل امانة والثلاثة بعدها راجعة الى الغصب ان لم يشهد في الاخيرة ، لان الكل مضمون وان يشهد فالى الوديعة . والصورة الاخيرة الى الاجارة من حيث ان العامل اذا دفع البذر منه كان مستأجراً لها ، او الى الوديعة من حيث عدم الضمان لنصيب صاحبه اذا ضاع منه بلا تعد . وقيدنا بكون المدعي ادعاها بالملك المطلق ، لانه لو ادعى فعلاً على ذي اليد بان ادعى انه شراه من ذي اليد ونقد ثمنه ، او ان ذا اليد رهنه منه او آجره او وهبه له او تصدق به عليه وقبضه وبرهن ذواليد على ايداع الغائب ونحوه ، لا تندفع به الخصومة وهو الصحيح وهو الظاهر من المذهب .

والظاهر ان من مسايل دعوى الفعل على ذي اليد ما لو ادعى ان ذا اليد غصبه ممن غصبه من المدعي ، لما سننقله في شرح المادة ١٦٣٨ عن الانقروية معزياً لمجمع الفتاوي . ومثله في البزازية ايضاً والهندية ونصه : غاصب الغاصب ومودع الغاصب ينتصب خصما للمالك حتى ان من ادعى مالاً في يد رجل انه ملكه غصبه منه فلان وغصبه واودعه هذا الرجل من فلان تسمع دعواه . وكذلك لو برهن انه غصبه منه واودعه هذا الرجل وقال ذو اليد اودعني فلان الذي يدعي المدعي الغصب منه لا تندفع الخصومة .

وبما قلنا يحصل التوفيق بين هذا وبين ما في التنوير لو ادعى انه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعه عنده اندفعت اه .

فان ما في التنوير ليس فيه دعوى فعل الغصب على ذي اليد وان

اتى به ذو اليد في دفعه — بخلاف عبارة مجمع الفتاوي ولو لم يكن الامر كما قلنا ، لا شكل الامر لما في كلامهم من التنافر مع ان احداً لم يذكر في المسئلة خلافاً فتأمل .

وسيأتي تمامه في شرح المادة ١٦٣٨ . اما لو ادعى الملك بواحد من هذه الاسباب ممن يدعي ذو اليد الايداع ونحوه منه فان الخصومة تندفع عنه بلا بينة على الايداع ونحوه ، لاتفاقهما ان اليد لزيد لكن يحلف ذو اليد على الايداع كما سيأتي عن الفصولين اخر هذه القولة وهذا لو ادعى المدعى عليه الايداع من نفس فلان الغائب فلو ادعاه من وكيله لم تندفع بلا بينة لان الوكالة لا تثبت بمجرد قوله . ولو ادعى انه اشتراه من الغائب ووكله بالقبض وبرهن ، لا تندفع ويؤمر ذواليد بدفعه اليه لانه صار احق بالحفظ . وهذا بخلاف ما لو ادعى انه ثوبي سرقه مني زيد وقال ذو اليد اودعنيه زيد المذكور فان الخصومة لا تندفع عنه استحسانا لان الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة فاليد للغاصب — بخلاف السرقة اذ اليد فيها لذي اليد ، اذ لا يد للسارق ولهذه العبارة نكتة لا تخفى . ولو ادعى انه ملكه سُرق منه بالبناء للمفعول فهو دعوى فعل على ذي اليد مثل قوله سرقت او غصبت بتاء الخطاب — بخلاف قوله غصب مني او اخذ مني بالبناء للمفعول فانه مثل قوله غصبه مني الغائب فتدفع بها الخصومة . والفرق ان بناء سرق مني للمفعول لدرء الحد عنه — بخلاف غصب مني فان الحد لا يجب فيه فلا يحمل على ان المراد منه الخطاب فيبقى على احتمال ان الغاصب او الآخذ غير ذي اليد . ولو قال المدعى هذا ملكي وهو في يد المدعى عليه غصب او سرقة ، لا تندفع على الصحيح لانه جعل يد المدعى عليه ظرفاً للغصب فدل على دعوى الغصب عليه . ولو قال ذو اليد في غير مجلس الحكم انه ملكي ثم قال في مجلسه انه وديعة وبرهن المدعى على مقالته الاولى ، يجعله خصما ولا يقبل قول المدعي بلا برهان — بخلاف دعوى الفعل عليه فانه يقبل بلا برهان .

ففي الفصولين : ادعى غصباً على ذي اليد فبرهن على الملك ، لا على الغصب فبمجرد دعوى الفعل وهو الغصب عليه من غير اقامة بينة عليه لا يتمكن المدعى عليه من دعوى الايداع كذا ( فش ) يحفظ هذا فانه حيلة في دفع دعوى الايداع اه ·

لكن ذكر بعد كراس ونحو ثلاث ورقات برمز ( فقظ ) انه لو اراد المدعي دفع دعوى الايداع او الرهن او الاجارة يدعى عليه فعل الغصب ويبرهن عليه فتندفع دعوى ذي اليد اه . وظاهره اشتراط البرهان فتأمل .

وقيدنا بكون المدعى قايما ، اذ لو كان هالكا لا تندفع الدعوى لان الدعوى حينئذ في القيمة والقيمة دين . ومحل الدين الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما بذمته . وبالبينة انه كان في يده وديعة ، لا يتبين ان ما في ذمته لغيره فلا تتحول الخصومة عنه . ثم اذا حضر الغائب وصدقه في الايداع او الاجارة او الرهن رجع عليه بما ضمن للمدعي — اما لو كان غصبا لم يرجع وكذا لو كان عارية . والاباق مثل الهلاك هاهنا فان عاد العبد يوما يكون عبداً لمن استقر عليه الضمان .

وظاهر تقييدهم جواب المدعى عليه بقوله اودعنيه او اعارنيه الخ انه لا بد لاندفاع الدعوى عنه من دعواه ايداع الكل او اعارته الخ .

فلو ادعى ان نصفه ملكه ونصفه الاخر وديعة في يده لفلان الغائب قيل لا تندفع الدعوى الا في النصف واليه الاشارة في بيوع الجامع الكبير كما في الذخيرة — وقيل تبطل في الكل لتعذر التميز وعليه كلام المحيط والخانية ونقله في البحر عن الاختيار واقتصر عليه - لكن نظر صاحب العادية والفصولين في هذا ولم يبينا وجه النظر وكذا صاحب نور العين الكل من الدر وحواشيه والبحر

اقول ولعل وجه النظر ان التميز ليس بشرط لصحة دعواه في النصف الذي هو ملك المدعى عليه لان دعوى الحصة المشاعة صحيحة تأمل .

وفيه عن خزانة الاكمل والفصول انه لو برهن ذو اليد على اقرار المدعى انه لفلان الغائب ولم يزيدوا فالخصومة بينهما قائمة اه .

لكن نقل قبل هذا عن خزانة الاكمل ايضاً وعن الخانية انه لو اقر المدعى ان رجلاً دفعه اليه اي الى ذي اليد او شهدوا على اقراره بذلك ، فلا خصومة بينهما اه .

ثم نقل بعد ذلك عن البزازية انه لو شهد الشهود انها لفلان الغائب فقط ، لم تقبل ولو شهدوا على اقرار المدعي انها لفلان الغائب ، اندفعت اه. فكأن المسئلة خلافية .

وفي جامع الفصولين اودعه نصف دار لم يقسم او نصف قن ثم باع منه النصف الاخر فبرهن رجل ان نصفه له فبرهن ذو اليد على الشراء والوديعة ، تندفع الخصومة حتى يحضر بائعه اذا المدعي او استحق نصفه يظهر ان البايع كان شريكاً للمدعي فانصرف بيعه الى نصيبه والمشتري ليس بخصم في نصفه الاخر لانه مودع فيه اه

وفي البحر عن البزازية معزيا للذخيرة : من صار خصما لدعوى الفعل عليه ان برهن على اقرار المدعي بايداع الغائب منه ، تندفع وان لم تندفع باقامة البينة على الايداع ، لثبوت اقرار المدعي ان يده ليست يد خصومة اه .

واعلم ان قولهم ان دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق ، يقتضي انه لو ادعى ان الدار وقف عليه فدفعه ذو اليد بما ذكر من دعوى ايداع الغائب ونحوه ان تندفع وبه صرح في الاسعاف كما في حاشية البحر للعلامة ابن عابدين وفي الفصولين برمز ( فش ) : اذا طلب المدعي يمين ذي اليد انه وديعة ، ليس له ذلك لانه جعل نفسه مدعيا في انه وديعة ولا يمين على المدعى . ولو حلف لا تندفع عنه الخصومة ولو اراد ذو اليد تحليف المدعي على العلم بالايداع فله ذلك لان المدعي منكر للايداع فيحلف لانه لو اقر تبطل دعواه فاذا انكر يحلف اه .

ثم ذكر بعد نحو صفحة برمز ( ج ) : لو ادعى شراء ممن يدعي ذو اليد الايداع منه تندفع عنه الخصومة بلا بينة لو حلف ذو اليد على الايداع فلو نكل صار خصما . ولو قال حين التحليف ما اودعنيه ولكن غصبته منه وحلف على ذلك ، لا يعتبر يمينه للتناقض . فيكون خصما اه .

وعليه فما في البحر عن البزازية : اذا ادعى ذو اليد الوديعة ولم يبرهن واراد ان يحلف ان الغائب اودعه عنده ، يحلف الحاكم المدعى عليه لقد اودعها اليه على البتات لا على العلم لانه وان كان فعل الغير لكن تمامه بقبوله اه ، محمول على صورة لا يلزمه فيها البرهان . كان ادعى الشراء ممن يدعي ذو اليد الايداع منه فقول البزازية : ولم يبرهن اي لم يلزمه البرهان . وبهذا يحصل التوفيق بين ما في الفصولين والبزازية فتدبر .

المادة ١٦٣١ — الدفع هو الاتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعى مثلاً اذا ادعى احد كذا غروشاً من جهة القرض

كونه من جهة القرض ليس قيداً احترازيا . بل مثله ما ادعاه من جهة ثمن مبيع او بدل اجارة او قيمة متلف . او نحو ذلك كما هو ظاهر .

وقال المدعى عليه كنت اديت ذلك او انت كنت ابرأتني من ذلك او كنا تصالحنا

اي على مبلغ كذا والصلح على بعض المدعى استيفاء للبعض وابرا عن الباقي كما مر في المادة ١٥٥٢ وهذا اي قبول هذا الدفع اذا لم

يسبق من المدعى عليه قبله اقرار بالدين او انكار له . فاما اذا اقر بالدين اولا ثم ادعى الايفاء والابراء او الصلح فقد ذكر في رد المحتار من شتى القضاء عن البحر معزيا لخزانة المفتين : انه ان كان كلا القولين في مجلس واحد لم يقبل للتناقض وان تفرقا عن المجلس ثم ادعاه واقام البينة على الايفاء بعد الاقرار تقبل لعدم التناقض وان ادعى الايفاء قبل الاقرار لا يقبل اه .

ومثله في العاشر من الفصولين — لكن حقق محشيه الرملي ان هذا اذا ادعى الايفاء او الابراء مفصولا عن الاقرار يدل على هذا قوله ثم ادعى الخ لان ثم للتراخي اما لو ادعاه موصولا بالاقرار ، فتسمع دعواه لان هذا بمعنى الاستثناء وقد صرحوا ان شرط صحة الاستثناء ، ان يكون متصلاً . ثم استدل على ما قاله بما في التتارخانية نقلاً عن اليتيمة : ولو ان المدعى عليه قال للمدعى حين ادعى عليه صدقت قد كان لك علي الف درهم لكنني قد قضيتكها وقال المدعي ما قضيتني شيئاً فدفع الالف اليه او صالح على خمسماية ثم شهد الشهود للمدعى عليه انه دفع اليه الالف بالامس كان له ان يرجع عليه بما اعطاه والصلح باطلاً اه .

وبما في العادية ادعى دينا فاقر به وادعى الايفاء او الابراء فانكر فصالحه ثم برهن عليه ، يقبل . لان الصلح هنا ليس لافتداء اليمين اه .

اقول ويلوح لي ان دعواه الايفاء او الابراء بعد اقراره بلفظ كان لك علي هذا المال تقبل ، وان ادعاهما مفصولا عن هذا الاقرار لعدم التناقض اذ لا يلزم من الاقرار بالدين في الزمان الماضي الاقرار به في الحال تامل .

وراجع واما اذا ادعاهما بعد انكاره الدين ففي الدر متناً وشرحاً ادعى عليه مالا فقال المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي ان له عليه الفا وبرهن المدعى عليه على الايفاء او الابراء يقبل ولو بعد حكم القاضي بالمال المدعى به اذ الدفع بعد قضاء القاضي

صحيح الا في المسألة المخمسة وانما قبل برهانه مع تناقضه ، لامكان التوفيق ، لان غير الحق قد يقضى ويبرأ عنه دفعا للخصومة اه

وكذلك الحكم لو ادعى ايفاء البعض لما في التكملة عن مجموع النوازل : ادعى عليه شيئاً فاجاب قايلا اني آتي بالدفع فقيل له اعلى الايفاء او الابراء . فقال على كليهما يسمع قوله ، ان وفق بان قال اوفيت البعض وابرأني عن البعض او قال ابرأني عن الكل لكن لما انكر اوفيته اه .

قال في البحر ولا يخفى ان على القول بان امكان التوفيق كاف يسمع مطلقاً .

قلت وفي الهندية معزيا لجواهر الفتاوي ادعىماية درهم فقال المدعى عليه دفعت اليك منها خمسين وانكر المدعي فبرهن المدعى عليه على انه دفع للمدعي خمسين درهماً لا يكون دفعاً ما لم يشهدوا انه دفع اليه او قضاه هذه الخمسين الذي يدعي اه .

ثم ان الحاق لفظ كان ولفظ قط في عبارة الدر المارة ، تنصيص على المتوهم اذ لو قال ما لك علي شيء او ليس لك علي شيء يكون سماع دعوى الايفاء او الابراء ، من باب اولى لان مالك او ليس لك علي شيء لنفي الحال فلا تناقض بينه وبين دعوى الايفاء اصلًا — بخلاف ما كان لك علي شيء فانه لنفي الماضي — لا سيما اذا تاكد النفي بلفظ قط فان التناقض بينه وبين دعوى الايفاء او الابراء ظاهر — الا ان التوفيق فيه ممكن كما تقدم هذا اذا قال ما كان لك علي شيء قط ولم يزد فان زاد عليه قوله ولا اعرفك ونحوه كما رأيتك او ما جرى بيني وبينك معاملة او مخالطة ولا اخذ ولا عطاء او ما اجتمعت معك في مكان فلا يقبل منه دعوى الايفاء او الابراء لتعذر التوفيق

نعم لو ادعى اقرار المدعي بالوصول او الايصال او اقراره بالابراء والحالة هذه تسمع ، لان المتناقض هو الذي يجمع بين كلامين متناقضين وهنا لم يجمع ولذا لو صدقه المدعي عيانا لم يكن متناقضا .

وحكى صاحب الكافي قبول البينة على الابراء باتفاق الروايات – يعني وان زاد قوله لا اعرفك ، لان الابراء يتحقق بلا معرفة وقيل ان مدعي الايفاء ايضا اذا كان محتجبا لا يتولى الاعمال بنفسه ، او كان مخدرة تسمع منه الايفاء او الابراء ، لان مثل هذا قد يتأذى من الشغب على بابه فيأمر بارضاء الخصم ولا يعرفه ثم يعرفه اه . ملخصا من الدر وحواشيه .

اوليس هذا المبلغ قرضاً بل هو ثمن المال الفلاني الذي كنت بعته لك او كنت حولتك على فلان بطلبي الذي هو ذلك المقدار وانت اعطيتني ذلك المقدار عوضه يكون قد دفع دعواه .

وكذا اذا قال المدعى عليه ان هذا المبلغ الذي قبضته منك هو عن دين كان لي عليك ، او هو وديعة كانت لي عندك او قبضته منك لانك وهبته لي او قبضته بالوكالة عن فلان وكان ديناً له عليك ، او قال وهبته لفلان فامرني بقبضه ودفعته اليه . وكذا اذا كان المدعى به داراً فقال المدعى عليه قد كنت اجرتك هذه الدار وسلمتها اليك ثم اخذتها وقال المدعي بل الدار داري واخذتها مني ظلما فاذا برهن المدعى عليه على دفعه في جميع هذه المسائل ، تندفع دعوى المدعي كما يعلم ذلك من مسايل مذكورة في القول لمن في الفتاوي الانقروية .

وفي البزازية برهن عليه انه دفع اليه عشرة فقال دفعته الي لادفعه الى فلان فدفعت ، يصح الدفع اه .

وفي الفصولين ادعى : انه اخذ منه هذه الدراهم بغير حق فبرهن خصمه اني اخذتها بحق ، لاني بعت منك كذا وقد اخذت ثمنه تندفع الخصومة لانه اثبت المبايعة اه .

ولو قال الخصم اني اخذتها بحق ولم يزد على ذلك ، فعلى ما نقله في الفصولين عن قاضيخان وفتاوي رشيد الدين ، لا تندفع دعوى المدعي وتقبل بينته سواء كان المدعى قائماً او هالكاً ، لانه خارج وعلى ما نقله عن الذخيرة تندفع دعوى المدعى ، لان المدعى اذا كان هالكاً ، فالمدعي يدعي الضمان وبينة المدعى عليه تدفعه — وان كان قائماً فبتصادقهما انه كان بيد المدعي يكون المدعي ذا يد حقيقة والمدعي عليه خارجاً فبينته اولى . قال صاحب الفصولين والصواب عندي رواية الذخيرة لما مر من تصادقهما والعبرة للمعنى لا للصورة وقد مر في معرفة الخارج وذوي اليد عن فتاوي رشيد الدين ما يؤيد ما في الذخيرة والله اعلم اه .

وكذا اذا ادعى احد على آخر بقوله كنت قد كفلت طلبي الذي هو في ذمة فلان كذا دراهم وقال المدعى عليه كان المديون ادى ذلك المبلغ يكون قد دفع دعوى المدعي .

قال في الفصولين من الفصل الخامس : وينتصب الكفيل خصماً عن المديون ، اذ لا يمكنه دفع الدائن الا بهذا اه .

وفيه من العاشر : ادعى ديناً بكفالة له او لمورثه فبرهن خصمه ان الاصيل اداه اليك او الى مورثك او برهن ان مورثه اخرجني الكفالة او برهن انك اخرجتني منها بعد موت ابيك يندفع المدعي

وفي الانقروي عن القنية : ادعى عليه مالا بحكم الكفالة فقال ما تكلفت اصلا ثم اقام بينة عليه فادعى ان الاصيل اداه لا يسمع منه لانه انما يسمع على اعتبار كونه كفيلا والا فهو فضولي فتضمنت دعوى الايصال في مقام الخصومة ، الاقرار بالكفالة وانه انكرها في الابتداء فهو متناقض اه .

وفيها عن البزازية ادعى انه كفل له عن مديونه بالف فانكر

الكفالة وبرهن الداين وحكم به الحاكم واخذ المكفول له المال ثم ان الكفيل ادعى على المديون انه كفل عنه بامره وبرهن على ذلك، يقبل عندنا . ويرجع على المكفول بما كفل لانه صار مكذبا شرعاً بالقضاء اه .

وفيها عن شرح المجمع : ادعى على رجل انه كفل له عن فلان بامره بكذا فانكر فبرهن فادى ما كفل بالزام القاضي حكمنا له بالرجوع اي على الاصيل لانه صار مكذبا شرعاً بقضاء القاضي فصار جحوده كعدمه اه.

يعني يحكم له بالرجوع بلا دعوى على الاصيل هنا لان الكفالة المحكوم بها كفالة بالامر — بخلاف مسئلة البزازية قبلها فان الحكم ليس بكفالة بالامر فيها تأمل .

لكن يعارض مسئلة البزازية ما في الانقروية ايضاً عن خزانة الاكمل نقلاً عن المنتقى : ادعى على رجل انه كفل له بمال عن فلان فانكر الكفيل الكفالة فاقام المدعي البينة عليه فالزمه القاضي وادى المال ثم اقام البينة انه كفل بامر المكفول عنه لا تسمع بينته اه .

وهو مخالف لما تقرر من ان التناقض يرتفع بتكذيب الحاكم كما يرتفع بتصديق الخصم فتامل .

ادعى الكفيل مالا فقال الاصيل المال غير واجب على لاني اقررت مكرهاً — فقد قيل لا يسمع هذا الدفع اذ المدعي لم يدع على الاصيل الا يرى ان المبيع لو استحق من يد المشتري فبرهن البايع على المستحق انه باعه منه قبل ان يبيعه هو من المشتري يسمع هذا من البايع، لو لم تكن الدعوى على البايع فصولين . وفيه ايضا ادعى دينا بارث فبرهن خصمه ان اباك احال به فلانا ودفعته اليه وصدقه فلان، تندفع لان المحتال يصير وكيلاً بقبض الدين والوكيل بقبض الدين او العين اذا اقر بالقبض يصح على الموكل ويبرأ الغريم اه .

كذا اذا ادعى احد مالاً في يد غيره بانه مالي

## واجاب المدعى عليه بانك حين ما ادعى هذا المال فلان كنت قد شهدت لدعواه يكون قد دفع دعوى المدعي

في فتاوي الانقروي رجل ادعى الطيلسان بالشراء فشهد به رجلان لــه فقضي له او لم يقض ثم ادعى احــد الشاهدين الطيلسان لا تسمع دعواه – الا اذا قال عند الشهادة ان هذا الطيلسان لي او لابي وقد باعه فلان من فلان تقبل شهادتهما على البيع ولا يقبل قولهما انه لي او لابي ثم اذا اقام البينة ان الطيلسان له ورثه من ابيه ، تقبل لانعدام التناقض ولو قالا قولاً ولم يذكرا لفظ الشهادة . ثم ادعى الطيلسان او ادعى انه وكله ابوه يسمع اه .

قال في هامشها وعبارة العتابي في شرح الزيادات اذا قال ان صاحب اليد باع الطيلسان من فلان ولم يتلفظ بلفظ الشهادة ثم ادعى لنفسه يقبل لان الخبر لم يلزم شيئا بل مجرد حكاية عن بيع فضولي اه .

وفيها عن العادية وغيرها : الاقدام على الاستشراء والاستيهاب والاستيداع والاستئجار اقرار بان لا ملك له فيه باتفاق الروايات حتى لو اقام المدعى عليه بينة ان المدعي استوهبه مني او استاجره مني او استعاره مني يكون دفعا لدعوى المدعي • ولو ادعى المدعي التوفيق وقال كان ملكي– لكنه قبضه مني ولم يدفعه الي فلهذا استشريتها منه ، لا يسمع هذا من المدعي ، لان المناقضة ثابتــة بين قوله ملكي وبين قوله ليس بملكي والاشتراء من غير المدعى عليه في كونه اقراراً انه لا ملك فيه للمدعي ، نظير الاستشراء من المدعى عليه حتى لو اقام المدعى عليــه بينة ان المدعي استشرى هذه العين من فلان واقام البينة يكون دفعا اه

وفيهــا عن البزازية والقنية استـام الشيء ثم شهــد به لغيره تسمــع اه .

قال في هامشه لتحقق الاستيام من غير المالك كالوكيل – كذا علله بعضهم

والظاهر ان هذا على رواية الزيادات من ان الاستيام ، اقرار بانه لا ملك له فيه وليس اقراراً بالملك لذي اليد وقد جزم الكردري يعني صاحب البزازية بكونه اقراراً بانه لذي اليد اه .

اي وعليه بناء على هذا التعليل لا تسمع شهادته - كما لو شهد به لفلان ثم ادعاه لنفسه وفيه : لو برهن على اقرار المدعي ان شهوده فسقة او على اقراره انه استاجرهم او على اقرارهم انهم لم يحضروا في مجلس كان هذا الامر فيه ، يكون مبطلاً لشهود المدعي اه .

كذلك لو ادعى احد من تركة الميت كذا دراهم واثبت دعواه بناء على انكار الوارث ثم ادعى الوارث ان المتوفي كان قد ادى هذا المبلغ في حال حياته يكون قد دفع دعوى المدعي

لان الميت لو كان حيا وادعى ايفاء الدين بعد انكاره والبرهان عليه من الدائن تسمع دعواه - فكذا وارثه ، لانه قايم مقامه .

وفي الفصولين برمز الذخيرة : ادعى وصية وانكرها الوارث فبرهن الموصى له فادعى الوارث الرجوع قيل لا تسمع وقيل تسمع وهو الاصح لانه مما يخفى لعل الموصي اوصى ثم رجع ولم يعلم بها وارثه فانكر فاذا ادعى الرجوع والتناقض لا يضر في مثله . ولو برهن على جحود الموصي الوصية تقبل على رواية كون الجحود رجوعا ، لا على رواية انه ليس برجوع اه .

وفي اخر الرابع عشر من دعوى البزازية : ادعى دينا على وارث وبرهن ثم ان غيره من الورثة صالح معه ثم ان غير المصالح من الورثة برهن على ايفاء مورثه ذلك الدين ، يسمع ولا يعطى له بدل الصلح وان برهن المصالح لا يسمع ويلزمه تسليم البدل اه .

ولا يخفى ان دعوى الابراء عن الدين كدعوى ايفائه

ج ٥

## ﴿ فروع ﴾

ادعى الفا فقال خصمه اديته في سوق سمرقند وعجز عن البينة ثم قال اديته في قرية كذا وبرهن ، يقبل اذ التوفيق يمكن بان يقول قضيتها في سوق سمرقند وعجزت عن اثباته بالبينة فقضيتها ثانية في قرية كذا وهكذا يدل على امكان التوفيق يكفي من غير دعوى التوفيق . ثم قال برمز ( بق ) ادعى اداء دينه بسمرقند ثم برهن على ادائه ببخارى كان تناقضا الا اذا وفق انقروي عن العاشر من الفصولين .

اقول وسيأتي في المادة ١٦٥٧ ان امكان التوفيق لا يكفي في جميع صور التناقض وان هذا هو المعتمد وفيها عن جواهر الفتاوي : رجل ادعى على آخر دينا فقال المدعى عليه قد اديته ثم ادعى انه ابرأه ، يكون مسموعا ولا يكون متناقضا لانه لا تناقض فيه يقال برائة قبض واستيفاء اه .

ادعى على غيره كذا دراهم فادعى المدعى عليه الايفاء وجاء بشهود شهدوا ان المدعى عليه دفع هذا المال كذا درهما لكن لا ندري باي جهة دفع هل يقبل القاضي هذه الشهادة وهل تندفع بها دعوى المدعي — عن بعض مشايخنا انه يقبل وتندفع بها دعوى المدعي وهو الاشبه والاقرب الى الصواب اه .

ومثله في العاشر من الفصولين وقال رامزا الى ( شي ) هو الصحيح وقيل لا يقبل اه .

اقول فما نقلناه في شرح الفقرة الثانية من هذه المادة عن الهندية معزيا لجواهر الفتاوي من عدم القبول خلاف الاشبه والصواب والصحيح فليتنبه له .

هذا ونقل في التكملة عن المحيط : ادعى على اخر ماتي درهم وانه استوفى منها ماية وخمسين وبقي عليه خمسون واثبتها بالبينة ثم برهن

المدعى عليه انه اوفاه الخمسين لا تسمع حتى يقولا هـذه الخمسين التي يدعي لان في مابة وخمسين خمسين اه .

فالظاهر ان قوله لان في مـابة وخمسين خمسين يشير الى التفرقة بين هذه وبين المسئلة السابقة — فأن هنا يحتمل ان الخمسين المشهود بدفعها هي مما اقر المدعى بقضه تدبّر .

ادعى ارثاً فبرهن المدعى عليه ان مورثه اقر ان المدعي ليس له او هو ملك المدعى عليه او على اقرار الوارث قبل موت مورثه او بعـده انه لم يكن لابيه ، او على اقراره ان اباه مات والدار ليست له ، كان كله دفعا . ولو شهدوا ان الوارث اقر انه ليس لابيه كان دفعا ، لا لو شهدوا ان الوارث اقر انه ليس لابي ، لانه وهبه لي او باعه مني في صحته ادعاه ارثا غن ابيه فبرهن خصمه ان اباك باعه من فلان في صحتـه وانا شريته منه — قيل لا يصح هذا الدفع لاحتمال التوفيق وقيل يصح وهو الاصح فصولين وفيه : ادعى انه اخذ منه مالاً كذا وكذا وصفـه بما يعرف به فبرهن خصمه ان المدعي اقر ان هـذا المال المفسر ، اخذه منه فلان الاخر لا تندفع اذ لا منافاة بينهما ، لجواز ان فلانا اخـذه ثم رده عليه ثم اخذه المدعى عليه .

ادعى قدراً من البر انه اخـذه من زرعي الذي كان لي في ارض كذا ولم يثبت دعواه حتى ادعى هذا البر على هـذا الوجه على الاخر ، ينبغي ان تسمع اذ لا منافاة ، لجواز انه اخذ البر من زرعه فلان ثم اخذه منه فلان الاخر عمادية واقره في الفصولين . وقوله منه ضميره عائد الى الزرع كما يقتضيه قوله على هذا الوجه . ولا يعارضه ما في فتاوي الانقروي والتكملة والمنح وغيرها عن البزازية والقنية : ادعى على زيد انه دفع له مـالا ليدفعه الى غريمه وحلفه اي بعـد انكاره ثم ادعاه على خالد وزعم ان دعواه على زيد كان ظناً لا يقبل ، لان الحق الواحد كـما لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد اه .

لان فرع البزازي فيه مـا يمنع التوفيق لانه صـدره بقوله ادعى

على زيد انه دفع له مالا الخ وقال فيه ان المدعي زعم ان دعواه على زيد كان ظناً — بخلاف فرع العمادي فانه صدره بقوله ادعى على زيد قدراً من البر انه اخذه من زرعه الخ فليس فيه ما يمنع التوفيق افاده العلامة الرملي في حاشيته على الفصولين من الفصل العاشر

اقول لكن ذكر المسئلة في فصل الاستشراء قبيل كتاب الاقرار من الدرر والغرر وليس فيها دعوى الدفع ولا زعم ان دعواه على الاول كان ظناً وعبارته متناً وشرحاً : ادعى زيد مالاً ولم يثبت فادعاه على اخر ، لم تسمع كذا في القنية اه فتامل

ثم رأيت في الخانية ذكر المسئلة الاولى — كما في العمادية والفصولين ولم يحك خلافا وقال بعدها : وان شهد شهود المدعى عليه ان المدعي اقر ان فلانا آخر وكيل المدعى عليه اخذ مني هذا المال ، كان ذلك اكذابا لشهوده وبطل دعواه اه

ولعل صاحب الدرر اختصر عبارة القنية اختصاراً اخل بالمراد منها فان ما نقلته معتبرات المذهب عن القنية هو ما مر آنفا فتدبر

ادعى البيع مكرها فبرهن المشتري على تسليمه او اخذ ثمنه طوعا ، تندفع . وكذا لو ادعي الهبة مكرها فبرهن الموهوب له على اخذ العوض طوعا تندفع فصولين . وافاد ايضا انه لو برهن انه ابرأني عن هذه الدعوى ثم ادعى المدعي ثانيا انه اقر لي بالمال بعد ابرائي — فلو قال المدعى عليه ابرأني وقبلت الابراء لا يصح هذا الدفع يعني الاقرار — ولو لم يقله ، يصح الدفع ، لاحتمال الرد . والابراء يرتد بالرد فيبقى المال عليه — بخلاف قبوله اذ لا يرتد بالرد بعد قبوله . ولو ادعى مالا فبرهن خصمه انك اقررت بالابراء فبرهن المدعي انك اقررت بهذا المال بعد اقراري بالبرائة ، صار مقراً في هذه الحالة بالابراء ولما اقر بها ثبت سقوط المال من ذمته — فاقرار المدعي عليه بعده بهذا المال لغو وكذب فلا يعتبر . وهذ بخلاف ما لو برهن المدعي انك اقررت لي بهذا المال بعد دعواك اقراري بالبرائة فانه يقبل فانه لا اقرار بالبرائة في هذه الحالة اه .

ملخصاً : والظاهر انه في صورة ما لو كان دفع المدعى عليه بلفظ اقررت بالابراء ، لا حاجة ان يقول وقبلت الابراء ، لان هذا اخبار بابراء من قبل فلا حاجة فيه الى القبول تامل .

المادة ١٦٣٢ — اذا اثبت من ادعى دفع الدعوى دفعه ، تندفع دعوى المدعي والا يحلف المدعي الاصلي بطلب صاحب الدفع — فان نكل المدعي عن اليمين ؛ يثبت دفع المدعى عليه وان حلف تعود دعواه الاصلية .

ثم ان الدفع الذي ادعاه المدعى عليه — ان كان فعل المدعي في دعاوي الدفع المذكورة في متن المادة السابقة ، يحلفه القاضي على البتات اي على انه لم يستوف المال الذي يدعيه ، او لم يبرأ المدعى عليه منه . وهكذا وان كان فعل غيره — كما اذا كان بقوله اودعنيه الغائب او آجرنيه الى اخر مخمسة الدعوى المذكورة فيما كتبناه اول هذ الفصل ، يحلفه على العلم اي على انه لا يعلم ان المدعى به وديعة او رهن او مستأجر الخ . وهذا الثاني هو المعني بقول صاحب رد المحتار : ويحلفه هنا على العلم لانه على فعل الغير — فاطلاق الشارح اللبناني كونه هنا على العلم غير سديد — على انه لا ذكر لهذا النوع الثاني في هذا الفصل اصلاً . ثم ان تكليف مدعي الدفع فيما اذا كان الدفع من المسايل المخمسة لاقامة البرهان على دفعه ، مقيد بما اذا لم يدع المدعي شراء ممن يدعي ذو اليد الايداع منه — والا فلا يكلف ذو اليد لاثباته بالبينة ولا المدعي الى اليمين — وانما يحلف نفس مدعي الدفع حينئذ على ايداع الغائب منه — حتى لو نكل عن اليمين يكون خصما ولا تندفع دعوى المدعي . والتحليف يكون على البتات ، لان الايداع وان كان فعل الغائب الا ان تمامه بقبول المودع وهو المدعى عليه . وقد تقدم التصريح بهذا اخر ما كتبناه على قوله فصل في دفع الدعوى

نقلًا عن جامع الفصولين فارجع اليه .

المادة ١٦٣٣ — اذا ادعى على اخر طلباً كذا دراهم وقال المدعى عليه كنت قد حولتك بهذا المبلغ على فلان وكل منكما قبل الحوالة واثبت المدعى عليه قوله هذا حال كون المحال عليه حاضراً يكون قد دفع دعوى المدعي وخلص من مطالبته وان لم يكن المحال عليه حاضراً يكون دفع دعوى المدعي موقوفاً الى حضور المحال عليه .

لانه ادعى تاخير المطالبة واسقاطها عن نفسه ولا يمكنه اثباته الا بأن يصير خصماً عن المحال عليه ولولا بينة له على الحوالة ، فله ان يحلف المدعي على الحاصل – بالله بأنما يدعيه حق عليه . فلو ادعى مالاً على كفيل فبرهن الكفيل ان الاصيل احالك به على فلان وانه قبل الحوالة ، ينبغي ان يقبل قياساً على هذه المسئلة وقياساً على ما لو برهن ان الاصيل اداه كذا في الفصولين . ثم ان انكار المدعي للحوالة لا يمنعه من الرجوع على المحال عليه ، لانه صار مكذباً شرعا – فلحق انكاره بالعدم فلم يكن متناقضاً افاده محشيه العلامة الرملي . وعبارة الخانية : رجل عليه دين لجاء الطالب يتقاضى دينه فقال المطلوب قد احلتك به على فلان ، وفلان غائب وقت الخصومة فقال الطالب لم اقبل الحوالة ، كان القول قول الطالب والبينة على المطلوب وهو المحيل – وان اقام المطلوب بينة على ما ادعى ذكر في الاملاء ان القاضي يقبل البينة ويؤخر الامر حتى يحضر الغائب فانه خصم مع الطالب فاذا قدم الغائب فانكر الحوالة ، امر المطلوب باعادة البينة في وجهه ولا يقضى عليه بتلك البينة اي بالبينة التي قامت على الطالب بغيبته . وان لم يكن للمطلوب بينة على ذلك وطلب يمين الطالب قبل حضور الغايب ، كان له ذلك فان نكل الطالب ، برىء المطلوب عن الدين اه .

ومعنى قولهم دفعت دعوى المدعي دفعها القاضي اي حكم بدفعها

فأفاد انه لو اعاد المدعي الدعوى عند قاض آخر لا يحتاج المدعى عليه الى اعادة الدفع – بل يثبت حكم القاضي الاول كما صرحوا به كذا في البحر ( ذ ) : ادعى ثمن قن فانكر خصمه الشراء – فبرهن عليه المدعي فبرهن خصمه على ايفاء ثمنه ، لا يسمع للتناقض اقول ينبغي ان يسمع في رواية عن ابي يوسف قياساً على ما لو انكر البيع فبرهن عليه المشتري فوجد اعيباً فاراد ردها فبرهن البايع انه بريء من كل عيب ، لم تقبل للتناقض اذ البراءة بلا بيع محال وقد انكر البيع . وعن ابي يوسف تقبل ، لامكان التوفيق – بان باعها وكيله ولم يعلم به فكذا هنا كذا في الفصولين اقول يمكن دفع هذا البحث بان التوفيق غير ممكن فيما لو انكر الشراء ثم ادعى ايفاء الثمن لأن ايفائه الثمن يمنع من ارادة ان وكيله اشترى ولم يعلم به فكانت اتفاقية – بخلاف ما لو انكر البيع ثم ادعى البراءة من العيب لان ابراء المشتري اياه من كل عيب ، لا تمنع من ارادة ان وكيله باع ولم يعلم هو البيع . وحيث امكن التوفيق كانت المسئلة خلافية . ثم بحث ايضاً في المسئلتين المذكورتين من وجه اخر

وحاصله انه ينبغي ان تقبل البينة في المسئلتين عندنا وفاقاً – خلافا لزفر ، لان كلا من منكر الشراء في الاولى ومنكر البيع في الثانية صار مكذبا شرعا ببينة المدعي فلحق انكاره بالعدم فصار كما في الكفالة من ان رجلًا لو برهن ان له على الغائب الفا وهذا كفيل عنه بامره الخ . يرجع الكفيل على الغايب ، ولو انكر الكفالة اصلًا ، لانه صار مكذبا شرعا في انكاره فلحق بالعدم . وهنا يقال كذلك قد لحق انكار كل من المشتري والبايع بالعدم فلم يتحقق التناقض فينبغي ان تصح الدعوى وفاقاً ، لعدم التناقض اه . ملخصا

اقول وهذا البحث ايضا يمكن دفعه بان التناقض انما يرتفع بحكم القاضي كما قدمناه لا بمجرد اقامة البرهان ، اذ بالحكم يصير مكذبا شرعا . ومسئلة الكفالة المذكورة قد اتصل الحكم بالبينة التي اقيمت عليها كما تقدم التنصيص عليه فيما نقلناه في شرح للفقرة الرابعة من

المادة ١٦٣٠ عن البزازية فارتفع التناقض فيها ، لان المدعي صار مكذبا بالحكم وليس في المسئلتين المبحوث فيهما ، ما يفيد اتصال الحكم بالبينة التي اقيمت فيهما على الشراء في الاولى وعلى البيع في الثانية — بل الظاهر من العطف بالفاء ان منكر الشراء برهن على الايفاء ومنكر البيع برهن على البرائة من العيب قبل الحكم ببينتي الشراء والبيع فلم يرتفع التناقض المانع من سماع الدعوى تامل . حكم له بمال ثم دفعا الى قاض اخر وجاء المدعى عليه عند هذا القاضي بالدفع يسمع ويبطل الحكم الاول . لو اتى بالدفع بعد الحكم في بعض المواضع ، لا تقبل لجواز ان يبرهن بعد الحكم ان المدعي اقر قبل الدعوى انه لا حق له في الدار فانه لا يبطل الحكم ، لجواز التوفيق بان شراه بخيار فلم يملكه في ذلك الزمان ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فملكه — فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك . ولو برهن قبل الحكم تقبل ولا يحكم اذ الشك يمنع الحكم ولا يدفعه · ادعى البرائة واستمهل يومين فلم يأت بالدفع وحكم عليه ثم برهن ، فالمختار انه يقبل ويبطل الحكم ( ذ ) لو قال المدعى عليه لي دفع يمهله القاضي الى المجلس الثاني ( قضه ) لا يمهله على وجه يبطل به حق المدعي وانما يمهله ثلاثة ايام وما اشبه ذلك ( فش ) لو قال لي دفع ولم يبين وجهه ، لا يلتفت اليه ويحكم عليه — ولو بين وجه الدفع لكن قال بينتي غائبة عن البلدة فكذا الجواب — وكذا لو بين دفعا فاسداً ، فالجواب كذلك . ولو كان الدفع صحيحا وقال بينتي حاضرة في المصر يمهله الى المجلس الثاني — فان لم يبرهن يحكم عليه ( ذ ) لو ادعى برائة من دين وقال لي بينة في المصر ، يؤجله الى ثلاثة ايام ( شي ) ادعى عينا فقال ذو اليد شريته من هذا المدعي ينزع من يده قياسا حتى يبرهن على الشراء وبه افتى ( ظه ) ويترك في يده ثلاثة ايام استحسانا ويكفل وعليه المديون اذا ادعى الايفاء ( فقظ ) لو ادعى النكاح فدفعه دعوى طلاق او اقرار بــه او اقرار بحرمة المصاهرة او برضاع · ادعى رجوعا في هبة ، فدفعه دعوى التعويض والزيادة المتصلة او

انه ذو رحم محرم من الواهب . ادعى شراء دار من فلان ، فدفعه ان يدعي ذو اليد شراءه من فلان ذلك . برهن انه شراه من فلان يوم كذا سنة كذا — فبرهن ذو اليد ان فلانا ذلك اقر قبل تاريخ شرائك او قبل شرائك بسنة انه ملك اخيه فلان وصدقه اخوه وانا شريته من اخيه المقر له ، اتفقت اجوبة المفتين على صحة هذا الدفع ثم استفتوا بعده ان المدعي لو طلب من ذي اليد بيان وقت ذلك الاقرار انه متى كان وفي اي شهر كان هل يكلف عليه ، اتفقت اجوبتهم ايضاً انه لا يكلف ، لانه بين مدة بقدر الحاجة حيث قال قبل شرائك او قبل تاريخه . ادعى دابة ملكا مطلقا او بالنتائج وبرهن ، فدفعه ان يدعي ذو اليد نتاجها . ادعاه مطلقا فقال ذو اليد ان المدعي اقر ان ذا اليد شراه من فلان وانهذا اقراره بانه لا ملك له فيه هل يندفع في (خ) مسئلة تدل على انه لا يندفع — وهي ادعاه فقال ذو اليد اودعنيه فلان وقال المدعي ما اودعه فلان — ولكنه وهبه او باعه منك ، يحلف ذو اليد انه لم يهبه ولم يبعه منك بعد ايداعه فان نكل ، فهو خصم للمدعيوهذا دل على ان المدعي لو اقر ان المدعى عليه شرى المدعي من فلان لم يكن اقراراً منه بانه لا ملك له فيه (فش) ادعى داراً ارثا له ولاخيه فقال المدعى عليه انك اقررت ان اخاك باعه منك وسلم ، هذا اقرار انه ملك الاخ فلا يصح منك دعوى الارث قيل لا تندفع ، لانه لم يقر ان اخي باع بيعا جايزا لكناقر بالبيع فقط . ومن اقر انفلانا باعه ثم ادعىانه ملكه يسمع — الا اذا اقر انه باع بيعا جايزاً فحينئذ لا تسمع دعواه بعد وقيل لو قال باع والدار في يده وقت البيع او قال باع وسلم فهذا يكفي ، لانه مما يدل على الملك الكل من جامع الفصولين ومن اراد الوقوف على كثير من مسايل دفع الدعوى فعليه بمراجعة الفصل العاشر منه والله سبحانه وتعالى اعلم واستغفر الله العظيم .

ج ـ ٥

# الفصل الثالث

## في بيان من كان خصما ومن لم يكن

قال في الانقروية عازيا لقضاء القنية ( جس ) قد لا يكون خصما في البينة ولا في اليمين ولو اقر به لا يجبر — ولكن لو دفع جاز (ص) — كمن ادعى انك اشتريت هذا العبد من وكيلي فلان فاقر المشتري بالشراء ؛ والوكيل غايب لا تقبل بينة المدعي على انه كان وكيله بالبيع ولا يحلف به المدعى عليه ولو اقر لا يجبر عليه اي على دفع الثمن — ولكن لو دفع جاز . وقد لا يكون خصما فى البينة ولا في اليمين ولكن لو اقر به يجبر عليه ( ص ) — كمن ادعى عبداً في يد رجل فانكر دعواه فصالح رجل آخر مع المدعي على دراهم ودفعها اليه على ان يكون العبد له . ثم جاء المصالح الى ذي اليد واقام البينة على ان العبد كان للمدعي واراد اخذه ، لم تقبل بينته ولم يحلف عليه المدعى عليه — لكن لو اقر ذو اليد ، يؤمر بدفع العبد الى المصالح بمنزلة المشتري ونص محمد انه لا تقبل البينة ولا اليمين — ولكن لو اقر به يواخذ باقراره . وقد يكون خصماً في اليمين ولا يكون خصماً في البينة — كمن اشترى عبداً وقبضه ثم اقر انه لغير البايع وهو فلان ابن فلان ودفعه الى المقر له ثم اقام بينة انه كان للمقر له ليرجع بالثمن على البايع ، لم تقبل بينته — ولكن له ان يحلف البايع بالله ما كان للمقر له فان نكل ، يرد الثمن . وقد يكون خصما في البينة دون اليمين وعلى هذا عشر مسايل او اكثر منها .

ادعى عبدين في يد رجل فانكر ثم صالحه من دعواه على احدهما بعينه ثم اقام البينة ان العبدين له ، له ان يأخذ الاخر — ولو اراد ان يحلف ذا اليد ليس له ذلك ومنها ان الوكيل بالشراء رد المبيع بالعيب فقال البايع رضي الآمر به تقبل البينة عليه على رضاء الآمر وليس له ان يحلف

الوكيل . ومنها الوكيل بطلب الشفعة ادعى عليه المشتري ان الموكل سلم الشفعة ، تقبل بينته ولا يحلف الوكيل عليه ومنها الوكيل بقبض الدين ادعى عليه المديون انه اوفى رب الدين دينه واقام بينة عليه ، يقبل ولا يحلف الوكيل بالعلم اذا لم تكن له بينة . ومنها انه اذا ادعى على رجل انه وصي الميت ، تقبل بينته ولا يحلف المدعى عليه . ومنها اذا ادعى اني وكيل فلان فانكر تقبل البينة ولا يحلف المنكر . ومنها اذا ادعى ان فلانا الميت اوصى الي والى هذا فانكر تقبل البينة عليه ولا يحلف . ومنها ان الأب فيما يدعي على ابنه الصغير خصم في سماع البينة دون اليمين . ومهنا ان من ادعى على ميت مالا او حقاً من الحقوق وقدم وصيه الذي ليس بوارث الى الحاكم فليس له ان يحلفه ، لان اليمين لرجاء النكول والنكول بذل او اقرار وليس للموصي ولا للاب في حق الصغير ذلك ولو كان الوصي وارثا ، يحلف لانه يملك البذل في حصته اه .

المادة ١٦٣٤ — اذا ادعى احد شيئاً وكان يترتب على اقرار المدعى عليه حكم بتقدير اقراره يكون بانكاره خصما في الدعوى واقامة البينة وان كان لا يترتب حكم على اقرار المدعى عليه اذا اقر لم يكن خصما في انكاره .

لعدم صحة انكاره ، لان من يصح اقراره يصح انكاره — فيكون خصما في اقامة البينة عليه ومن لا يصح اقراره لا يصح انكاره الا في المستثنيات الآتية . وهذا احد اصلين بنيت عليه مسايل هذا الفصل كما في فتاوي الانقروي معزيا لشرح ادب القاضي — وثانيهما ان من ادعى مالا على غايب فاراد ان يقيم البينة على رجل حاضر فان الحاضر انما ينتصب خصما عنه اذا كان ما ادعى على الحاضر حقاً لا يتوصل اليه الا باثبات ذلك على الغائب اه

وسيأتي لهذا زيادة توضيح – ثم ان هذين الاصلين لبيان كون المدعى عليه يصلح خصما للمدعي اولا . وهناك اصل آخر لبيان كون المدعي يصلح خصما في اقامة البينة على المدعى عليه اولا ذكره في الاشباه فقال في كتاب القضاء والشهادات والدعاوي : من عمل اقراره قبلت بينته ومن لا ، فلا الا اذا ادعى ارثا او نفقة او حضانة فلو ادعى على اخر انه اخوه اوجده او ابن ابنه لاتقبل بخلاف الابوة والبنوة والزوجية اه .

وتوضيح هذا كما في حواشيه للحموي ، ان البينة لا تثبت شيئا الا اذا قامت من خصم على خصم وشرط كون المدعى به مما يجوز اقراره به ويلزم ويثبت اذا صدقه المدعى عليه فان كذلك يكون خصما والا ، فلا – كما اذا ادعى رجل على آخر بانه اخوه او جده او عمه او ابن ابنه فانه لا تقبل منه البينة على ذلك فان اقراره باخوة المدعى عليه لا تجوز وبتصديق المدعى عليه لا تثبت ولا تلزم وهذا لان في كل من الدعوى والتصديق تحميل النسب على الغير فلو قبلت بينته عليها ، لقامت على الغير الغايب . والمدعى عليه ليس خصما عن الغائب لا قصداً ولا حكماً - اما قصداً فلأن المدعى عليه ليس وكيلا ولا وصياً – واما حكما ، فلأنه لا حق يقضى به على المدعى عليه ليصير ثبوت النسب على الغائب تابعاً لذلك ، لان الوارث انما يصير خصما عن الميت فيما يقبل الانتقال اليه وهو المال او الحقوق المتصلة بالمال – ولهذا استثنى من قوله من عمل اقراره قبلت بينته ما اذا ادعى ارثا او نفقة او حضانة فانه لو اقام حينئذ بينة على الاخوة ونحوها ، تقبل وصورة دعوى الارث يقول انت اخي ومات ابوك وترك مالا في يدك وهو ميراث بيني وبينك . وصورة دعوى النفقة ان يدعي انه اخوه ويطلب من القاضي فرض نفقته عليه . وصورة دعوى الحضانة رجل التقط صغيراً لا يعبر عن نفسه فاقامة امرأة بينة انه اخوها ولها حق حضانته فان البرهان على الاخوة في هذه المسايل يقبل ولا يحكم بها وان كانت مما لا يجوز الاقرار بها والمصادقة عليها لانه ادعى حقاً وهو المال وفرض النفقة وحضانة الصغير ولا يتوصل الى ذلك الا باثبات ابوة الغائب فكان ما يدعيه على

الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر فانتصب خصما لذلك وهذا - بخلاف دعوى الابوة والبنوة والزوجية فانها تسمع والبينة عليها تقبل ، وان لم يكن معها دعوى ارث ونحوه ، لان اقرار الرجل بالوالدين صحيح وبصادقة الاخر تلزم وتثبت ، اذ ليس فيها تحميل نسب على احد وكذا المرأة الا في الولد فان فيه تحميل النسب على الاب اه ملخصاً من الحموي

مثلًا اذا اتى احد من ارباب الحرف وادعى على احد بقوله ان رسولك فلان اخذ مني المال الفلاني اعطني ثمنه يكون المدعى عليه خصما للمدعي اذا انكر لانه يكون مجبوراً على دفع الثمن وتسليمه عند اقراره وتسمع دعوى المدعي وبينته على هذه الحال واما اذا ادعى المدعي بقوله ان وكيلك بالشراء اشترى وانكر المدعى عليه فلا يكون خصما للمدعي لانه لو اقر لا يكون مجبوراً على دفع الثمن للمدعي وعلى هذه الحال لا تسمع دعوى المدعي ٠

وهذا لما تقرر في المادة ١٤٥٤ وكذا في المادة ١٤٦١ وكذا في المادة ١٤٦٢ وشرحها - من ان الرسول سفير ومعبر والعاقد حقيقة مرسله ، فلا تتعلق بالرسول شيء من احكام العقد - وعليه فيترتب على اقرار المدعى عليه بالرسالة حكم - وهو ان للمدعي حق المطالبة بالثمن فكان خصما لاثبات الرسالة -- واما الوكيل فحقوق العقد تتعلق به لا بموكله فلو ان المدعى عليه اقر بالتوكيل وبشراء الوكيل من المدعي لا يترتب على اقراره حكم لما قلنا - فلا يكون خصما لمن يدعي عليه التوكيل والمراد من الوكيل في قوله ان وكيلك بالشراء الخ ، الوكيل حقيقة وهو من يضيف العقد الى نفسه ، لان المطلق ينصرف الى الكامل - واما ان اضاف الوكيل العقد الى موكله فقد خرج عن كونه وكيلًا وصار في حكم الرسول كما تقدم

في المادة ١٤٦١ وكان داخلًا في المثال الاول فـلا يرد ان اطلاق لفظ الوكيل هنا في محل التقييد فافهم والظاهر ان نظير هذا المثال ما اذا قال في دعواه على آخر ان رسولي فلانا لمشترى كذا واطلب منك تسليمي اليه فانكر ذو اليد دعواه – حيث يكون خصما للمدعي ، لانه يترتب على اقراره بدعواه حكم وهو وجوب تسليم المبيع للمدعي ، لان حق قبضه له لا لرسوله – اما لو قال في دعواه عليه ان وكيلي بالشراء اشترى منك كذا لاجلي فالحكم ليس كذلك اتفاقاً ، ان اقر بالبيع لفلان وانكر كون الشراء للمدعي لانه لو اقر بهذا ايضاً لم يترتب على اقراره حكم شرعي ، لان حق قبض المبيع للوكيل لا لموكله فلا يكون خصما له وان انكر البيع لفلان الغائب اصلًا فالحكم كذلك عند ابي حنيفة لما ذكرنا خلافاً لابي يوسف .

قال في الفصل الثالث من الفصولين : ادعى بيتاً في يد رجل بان فلانا الغائب اشتراه منك لاجلي وانكر ذو اليد البيع تسمع الدعوى وكذا لو كان المشتري حاضراً ينكر الشراء . وهذا كمن ادعى بيتاً في يد رجل وقال شريته من فلان وفلان شراه منك اه .

وقوله تسمع الدعوى اي على قول ابي يوسف كما يوضحه قوله ايضا رامزاً للمنتقى قال ابو يوسف لو قال ذو اليد قد كنت بعته من فلان الذي تزعم انك وكلته بشرائه لك وفلان غائب فلا خصومة بينه وبين ذي اليد . وكذا لو قال كنت بعته من فلان الذي تزعم انك شريته منه وهو في يدي حتى يدفع الثمن – او قال اودعنيه فلا خصومة بينهما . وكذا بيت بين قوم بارث ادعى رجل انه شرى من بعضهم نصيبه وهو غائب واقرت الورثة بنصيبه فيه فبرهن على الشراء لا تقبل . ولو قالوا هو لنا وانكروا نصيب الغايب تقبل بينة المدعي . جاء بصك باسم غيره على رجل وقال هذا المال الذي في هذا الصك باسم فلان عليك قد اقر به فلان لي ولي البينة على ذاك – فلو انكر المدعى عليه ان يكون لفلان الغايب عليه شيء فهو خصم تقبل بينة هذا المدعي لا لو اقر وهو قول ابي يوسف وعن

محمد انه لا تقبل بينته ولو انكر المدعى عليه .

ادعى بيتا انه كان لفلان وانه باعه من فلان وانا شفيعه فقال ذو اليد هو بيتي ولم يكن لفلان قط فبرهن المدعي على دعواه قال محمد اما على قولي وهو قياس قول ابي حنيفة فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشتري – لو قبض البيت من البايع – وحتى يحضروا جميعا لو لم يقبضه وعند ابي يوسف ذو اليد خصم ويقضى للشفيع ويدفعه اليه ويأخذ الثمن منه ويضعه على يد عدل فيكون ذلك قضاء على البايع والمشتري ولو كان المشتري حاضراً منكراً للشراء قال محمد اقضي بالبيت للشفيع واجعل العهدة على المشتري وادفع الثمن اليه جملة .

وفي فتاوي الانقروي عن البزازية عبد في يد رجل قال هو لي وقال رجل هو لفلان اشتريته منه وتعدته ثمنه وبرهن ، يقضى باليد على هذا الحاضر ويمضي النفاذ على الغائب حتى لو حضر وجحد لا يلتفت الى انكاره اه .

وفي الثالث من الفصولين رامزاً للذخيرة : الموصى له بعين ، خصم لمدعي ذلك العين بسبب الشراء من الموصي والغريم ليس بخصم للغريم في قبض الغريم الاول شيئا او لم يقبض والموصى له ليس بخصم للغريم . وهذا لو كان موصى له بالثلث لا غير فان كان . موصى له بما زاد على الثلث وصحت – بان لم يكن له وارث ، فهو خصم للغريم ويصير كوارث ، اذ استحقاق ما زاد على الثلث من خصائص الوارث . والمودع او الغاصب او المديون ليس بخصم للموصى له لو كان الذي من قبله المال مقراً بان المال للميت والخصم في ذلك وارثه او وصيه ولو قال من بيده المال هذا ملكي وليس عندي من مال الميت شيء ، صار خصما ولو جعله القاضي خصما ، يقضي له بثلث ما في يد المدعى عليه . والخصم في اثبات الوصاية عليه وارث او موصى له او غريم للميت عليه دين او بالعكس وقيل من له دين على الميت ليس بخصم اه

وجميع هذه المسايل تنطبق على هذا الاصل المذكور في هذه المادة

**والولي والوصي والمتولي مستثنون من هذه القاعدة فانه اذا ادعى احد مال اليتيم او مال الوقف بانه مالي فلا يترتب على اقرار الولي او الوصي او المتولي حكم لانه ليس بنافذ واما انكارهم فصحيح وتسمع عليه دعوى المدعي وبينته .**

فيه اشارة الى ان تصحيح انكارهم انما هو لاجل سماع دعوى المدعي وبينته عليهم فقط – حتى لو اتجهت اليمين على جهة الصغير او الوقف لا يحلفون – الا فيما يتعلق بعقودهم كما سيأتي في الفقرة الآتية . وهذا لان الفائدة من اليمين رجاء النكول وهو اي النكول اما بذل او اقرار ولا يملك احد منهم الاقرار عليها ولا بذل مالها لان صحة تصرفاتهم ، مقيدة بالمصلحة ولا مصلحة في البذل والاقرار عليها . وهذا اي كون الوصي لا يحلف فيما يدعي على مال الصغير ، مقيد بما اذا لم يكن الوصي وارثاً مع الصغير حتى لو ادعى احد على مورثه ومورث الصغير مالا او حقاً من الحقوق ، يحلف الوصي ، لانه يملك البذل او الاقرار في حصته كما قدمناه اول هذا الفصل نقلاً عن فتاوي الانقروي .

والظاهر انه لو نكل عن اليمين – انما ينفذ نكوله على نفسه ، دون اليتيم .

وفي الهندية لو ادعى ضيعة في يد رجل انها له وقال ذو اليد هي لابني الصغير فلان لا يستحلف المدعى عليه ولو استحلف فنكل ، لا يصح نكوله فان قال المدعي ان هذا استهلك داري باقراره لولده الصغير فيصير ضامنا عند النكول فانا اطلب يمينه فعندهما لا يستحلف وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يستحلف لان عند محمد رحمه الله تعالى العقار يضمن بالغصب

وقال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل باقراره لولده الصغير لا تسقط عنه اليمين .

وقال القاضي الامام ابو علي النسفي : اذا اقر للصبي ، سقطت عن اليمين سواء كان الصغير ابناً له او لغيره ولو قال المدعى عليه هذه الدار لابني الكبير فلان ، فهذا وما لو اقر بذلك لاجنبي سواء لا يسقط عنه اليمين فان حلف فنكل ، تدفع الدار الى المدعي فان حضر الغائب بعد ذلك وصدقه كان له ان ياخذ الدار لسبق اقراره . وكذلك في الاقرار للولد الصغير عند من لا يسقط عنه اليمين يحلف فان نكل تدفع الدار الى المدعي واذا بلغ الصغير فادعاها ، تدفع اليه اه .

نقلاً عن قاضيخان وفيها عن العمادية ادعى الشفعة بالجوار . فقال القاضي للمدعى عليه ماذا تقول فيما ادعى فقال هذه الدار لابني هذا الطفل ، صح اقراره . فان قال الشفيع للقاضي حلفه بالله ما انا شفيعها فانه لا يحلفه ، وان اراد الشفيع ان يقيم البينة على الشراء ، كان الاب خصما ، وتسمع البينة عليه اه .

وفيها عن المحيط الصبي اذا كان محجوراً ان لم يكن للمدعي بينة ، لا يكون له حق احضاره الى باب القاضي لانه لا تتوجه عليه اليمين ، لانه لو نكل لا يقضى عليه بنكوله فان كانت له بينة وهو يدعي عليه الاستهلاك كان له حق احضاره لان الصبي يواخذ بافعاله والشهود يحتاجون الى الاشارة اليه — لكن يحضر معه ابوه حتى اذا الزم الصبي شيئاً يؤمر الاب بالاداء عنه من ماله اه .

اي من مال الصبي وفي غير دعوى الاستهلاك لا حاجة الى الاشارة اليه فلا حق له في احضاره كما هو ظاهر

ثم اعلم ان التنصيص على كون كل من الولي والوصي ومتولي الوقف انما يكون خصما في الدعوى واقامة البينة دون اليمين ليس لنفي هذا الحكم عما عداهم بل لانهم هم المستثنون من القاعدة المذكورة في صدر هذه المادة والا فقد قدمنا فيما كتبناه اول هذا الفصل عن فتاوي الانقروي معزيا للقنية ان غير هؤلاء ايضاً قد يكون خصماً في اقامة البينة دون اليمين وذلك في عشرة مسائل او اكثر ذكرناها هناك لكن اكثر تلك المسايل ، ليس مستثنى من هذه القاعـ

لان المدعى عليه فيها ممن يترتب على اقراره حكم . والحاصل ان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي حكمه عما عداه .

**ولكن يعتبر اقرار الولي والوصي والمتولي في الدعوى على عقد صادر منهم مثلاً لو باع ولي الصغير ماله بمساغ شرعي ووقعت من قبل المشتري دعوى تتعلق بذلك يعتبر اقراره .**

كما اعتبر انكاره لانه حينئذ يكون اصلاً في الحقوق — حتى ان اليمين عند انكاره تتجه عليه كما في التكملة فلو ادعى على المشتري عيباً في المبيع الذي باشره احدهم او خيار شرط او اقالة فاقر احدهم بذلك ، يصح اقراره ولو انكر يحلف عليه على البتات لان المحلوف عليه فعله ولو نكل عن اليمين يعتبر نكوله وكذا الحكم — لو ادعى على احدهم نفس العقد فانكره قال في الدر متنا وشرحا : ولا يحلف احد منهم اي من الوصي والولي والمتولي الا اذا ادعى عليه العقد فيستحلف اه .

وهذا فيما عدا عقد النكاح من العقود ، متفق عليه اما لو ادعى احد على ولي الصبية انه زوجه اياها فانكر الولي ولا بينة ، فعند ابي حنيفة لا يحلف ، لان اليمين عنده بذل والنكاح لا يجري فيه البذل ، وعندهما يحلف لان اليمين عندهما اقرار واقرار الولي على موليته الصغيرة بالنكاح صحيح عندهما .
وعلى هذا الخلاف ايضاً ، ما اذا ادعى رجل نكاح امرأة او امرأة نكاح رجل وانكر الآخر ولا بينة فانه لا يحلف المنكر عنده ويحلف عندهما ، لما قلنا — اما لو ادعى على الولي ترويج بنته الكبيرة فلا يمين عليه اتفاقاً لان اقرار الولي على وليته الكبيرة لا يجوز اجماعا - بخلاف الصبية ولكن تحلف الكبيرة على العلم لانه على فعل الغير . ثم على قول ابي حنيفة اذا لم يحلف فلو قالت المرأة للقاضي لا يمكنني التزوج لانه زوجي وانكر يقول له القاضي قل لها ان كنت امرأتي فانت طالق فيتخلص لو كانت

امرأته ولا يلزمه شيء لانه لم يصر مقراً بالنكاح وهذا كله اذا لم يدع المدعي مع النكاح مالا اما لو ادعاه بان ادعت طلاقا ومهراً او نكاحا ونفقة يحلف وفاقا كذا في ١٥ من الفصولين والمفتى به قولهما بالتحليف مطلقا كما في الدر وحاشية الرملي على الفصولين .

## المادة ١٦٣٥ الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط

حتى لو اشترى شيئا فوجده في يد غيره فادعى عليه به تسمع وان لم يكن نقد الثمن لبائعه

ففي جامع الفصولين رامزاً لفتاوي رشيد الدين : وفي ظاهر الرواية تسمع دعوى المشتري الاول على الثاني فيما باعه البائع من اخر قبل نقد الثمن اذ الاصل ان من كان يدعي الملك لنفسه وذو اليد يقول لا بل هو ملكي فذو اليد خصمه لكن لا ياخذ العين من يده بلا تسليم ثمنه اه .

ومثله في فتاوي الانقروي عن البزازية معزيا لفتاوي الوتار فان قلت فقد نقل العلامة الرملي في حاشيته على الفصولين معزيا للخانية ان من اشترى شيئا فوجده في يد غيره قبل ان ينقد الثمن لا يكون له ان ياخذه من صاحب اليد الا ان يدعي الوكالة بالقبض عن البايع اه .

وكذا نقل في الانقروية عن التتارخانية ما لفظه : رجل اشترى من اخر ثوبا او غير ذلك ولم يدفع الثمن او دفع البعض وبقي المبيع في يد البايع محبوسا بالثمن كله او بعضه فباع البايع المبيع من غير المشتري الاول ثم حضر المشتري الاول وادعى الشراء على المشتري الثاني واراد استرداد المبيع من يد المشتري الثاني ، ليس له ذلك وان كان المشتري نقد الثمن كله للبايع او كان اشتراه بثمن موكل به كان له ولاية الخصومة مع المشتري الثاني للاسترداد اصل هذه المسئلة مسئلة المنتقى وصورتها رجل باع من آخر داراً فلم يقبضها المشتري حتى غصب رجل الدار من البايع

فان كان المشتري نقد الثمن ، فالخصم في الاسترداد من يد الغاصب ، هو المشتري— وان كان المشتري لم ينقد الثمن فالخصم هو البايع اه .

فهل في هذين النقلين مخالفة لما تقدم عن الفصولين قلت لا مخالفة اصلاً اما عبارة الخانية فتطبيقها على ظاهر الرواية ظاهر ، اذ ليس فيها تصريح بانه لا خصومة بين المشتري الاول والمشتري الثاني . وقوله لا يكون له ان يأخذه من صاحب اليد معناه انه لا يكون له ذلك بدون تسليم الثمن اليه اي الى المشتري الثاني ، لان حق حبسه لقبض جميع الثمن باق للبائع . ويد المشتري الثاني عليه هي يد البائع حيث كان قبضه باذنه – واما عبارة التاترخانية فتطبيقها على ما هو ظاهر الرواية ، ممكن ايضاً ، لان غاية ما ذكر فيها ان المشتري لا يكون خصماً للمشتري الثاني في الاسترداد وهذا لا نزاع فيه فان الكلمة متفقة انه لا يملك الاسترداد ما لم ينقد الثمن – وانما النزاع في انه هل يملك الخصومة على المشتري الثاني في دعوى العين بالشراء – ففي ظاهر الرواية ، يملكها وهذا ما صرح به صدر هذه المادة وعبارة التاترخانية ساكتة عنه فان حمل على انه يملكها كان موافقاً لما هو ظاهر الرواية والا كان جاريا على القول المقابل لظاهر الرواية وكيفما كان الامر فالاستدراك على هذه الفقرة من هذه المادة بعبارة التاترخانية المذكورة غير سديد فافهم .

مثلًا اذا غصب احد فرس الاخر وباعه لشخص آخر واراد صاحب الفرس استرداده فلا يدعيه الا على الشخص الذي هو ذو اليد واما اذا اراد تضمين قيمته فيدعى ذلك على الغاصب .

في آخر الفصل الثالث من الفصولين ( فش ) غصب قناً فبرهن عليه آخر انه قنه فقضي له ثم المغصوب منه برهن على غاصبه ان القن ملكي

لا تقبل بينته اذ دعوى الملك المطلق لا تصح الا على ذي اليد – لكن لو ادعى على غير ذي اليد انك غصبته مني يسمع في حق الضمان الا يرى ان دعواه على الغاصب الاول تصح ولو كان العين في يد غاصب الغاصب ولو برهن المغصوب منه على المقضي له ان هذا القن ملكي تقبل وكذا لو برهن عليه ان القن ملكي غصبه مني فلان تقبل ( صل ) دعوى الغصب على غير ذي اليد تقبل لا دعوى الملك اه .

وفيه من الفصل السادس باع دار غيره وسلمه الى المشتري فادعاه المالك على البايع واراد اخذ الدار من البايع ، لا تصح دعواه اذ ليس في يد البايع ولو اراد تضمينه بغصب ففيه روايتان . ولو اراد اجازة بيعه واخذ ثمنه تصح دعواه كذا في ( فش ) .

قال الرملي وقوله فيه روايتان اقول الروايتان بناء على تصوير الغصب في العقار وعدمه اه

اقول لا يذهب عليك ان قول الامام وصاحبه الاول : عدم تحقق الغصب في الدور والعقار وهو الذي مشت عليه المتون وعليه الفتوى كما تقدم في كتاب الغصب – وعليه فلا تسمع دعوى المالك على البايع ، وان اراد التضمين ولهذا قال في الاشباه الدعوى على غير ذي اليد لا تسمع الا في دعوى الغصب في المنقول واما في الدور والعقار فلا فرق اه .

اى لا فرق في عدم سماع دعوى الغصب فيها بين كونها على ذي اليد او على غيره ، لعدم تحقق الغصب فيها – غير ان المفتى به في مسئلة بيع دار غيره وتسليمها ، صحة دعوى الغصب والضمان على البايع لا اخذاً بقول محمد من تحقق غصب العقار – بل لان البيع والتسليم ، استهلاك في احدى الروايتين عن الامام وهو الصحيح المفتى به فتكون الدار مضمونة وان لم يتحقق فيها الغصب

ففي الانقروية معزيا للبزازية : باع دار غيره وسلمها فادعى المالك على بايع الدار – ان ادعى الدار لا يصح لانه ليس في يده فاشبه دعوى المغصوب على الغاصب حال كون العين في يد غاصب الغاصب وان اراد ضمانه فعلى الخلاف المعروف – وهو ان العقار هل يضمن بالبيع والتسليم ام لا فمن قال

بالضمان قال تصح ومن نفاه قال لم تصح الدعوى وقد مر ذكره اه ٠

وذكر قبل هذا معزيا للبزازية ايضاً وهي عن المحيط ، انه يفتى برواية وجوب ضمان العقـار بالبيع والتسليم وكذا في جامع الفصولين فظهر بهذا ان قول الرملي الروايتان بناء على تصور الغصب في العقار وعدمـه ، غير سديد - بل الصواب ان الروايتان ، هما كون البيع والتسليم استهلاكا اولا ٠

والحاصل ان دعوى العين على الغاصب حال كون العين فى يد غيره لا تصح مطلقاً واما دعوى غصبها وضمانها والحالة هذه - فان كانت منقولا كالفرس ونحوها تصح مطلقاً ، لكونها مضمونة بمجرد الغصب وان كانت داراً او عقاراً - فان كان انتقالها لذلك الغير ببيع الغاصب وتسليمه ، فالحكم كذلك اي تصح الدعوى ، لان العقار وان لم يكن مضموناً على الغاصب لمد. تحقق الغصب فيه على قولهما المفتى به خلافاً لمحمد - لكنه بالبيع والتسليم يصير مضمونا على الغاصب لانه استهلاك على الرواية المفتى بها عن الاملم وان كان انتقلها بغصب من الغاصب ونحوه ، لا تصح الدعوى ، اذ لا غصب ولا بيع مع تسليم فلا ضمان ٠

المادة ١٦٣٦ - اذا ظهر مستحق للمال المشترى وادعـاه ينظر الى ان المشتري هل كان قبضه ام لا فان كان يكون هو الخصم فقط في الدعوى والشهادة ؛ ولا يشترط حضور البايع وان كان لم يقبضه من البايع يلزم حضورهما حين الدعوى والشهادة حيث ان المشتري مالك والبايع ذو اليد ٠

ذكر في الدر وحواشيه من باب الاستحقاق انـه لو اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعاه آخر ، انه لا تسمع دعواه بدون حضور البايع والمشتري للقضا. عليها ، لان الملك للمشتري واليـد للبايع والمدعي يدعيها فشرط

القضاء عليها حضورها ولو قضي له بحضرتها . ثم برهن احدها على ان المستحق باعه من البايع ، ثم البايع باعه من المشتري ، قبل برهانه ولزم البيع لان القضاء بان المستحق باعه يقرر القضاء بانه ملك المستحق ولا ينقضه . وهذا اي لزوم البيع مقيد بما اذا لم يفسخ القاضي البيع – فلو فسخه القاضي بطلب المشتري ثم برهن البايع ان المستحق باعها منه ، ياخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض . بقي لو قال المستحق لا بينة لي واستحلفها خلف البايع ونكل المشتري فانه يواخذ بالثمن – فاذا اداه اخذ العبد وسلمه الى المدعي وان حلف المشتري ونكل البايع لزم البايع كل قيمة العبد الا ان يجيز المستحق البيع ويرضى بالثمن كما في البزازية وجامع الفصولين اه .

ان قلت ما ذكر في هذه المادة معارض بما في الفصولين برمز فتاوي رشيد الدين : للمستحق ولاية الدعوى على البايع وان لم يكن المبيع في يده ، لانه غاصب والمشتري غاصب الغاصب وتصح الدعوى على الغاصب وان لم يكن العين في يده اه .

قلت لا معارضة لان ما في الفصولين ، محمول على ما اذا ادعى المستحق على البايع الغصب وطلب قيمة المغصوب لا عينه كما حققناه في شرح المادة السابقة وقدمنا هناك ان دعوى الغصب على غير ذي اليد تقبل لا دعوى الملك .

واعلم ان المشتري شراء فاسداً كالمشتري شراء صحيحا بعد القبض من حيث انه يكون خصما للمدعي واما قبل القبض فالخصم هو البايع وحده صرح به في الثالث من الفصولين – بخلاف المشتري شراء باطلاً فانه لا يكون خصما للمدعي وان كان المبيع في يده كما في البحر لانه امانة في يده . ونظير الاستحقاق الاخذ بالشفعة .

ففي رد المحتار من كتاب الشفعة عن ابن الكمال الخصم للشفيع البايع والمشتري ان لم يُسلَّم المبيع – احدها بيده والاخر بملكه فلا تسمع البينة على البايع – حتى يحضر المشتري وان سلم الى المشتري يشترط حضور البايع ، لزوال الملك واليد عنه اه

وذكر في البحر ان من اشترى شيئاً بالخيار فادعاه اخر ، يشترط

حضرة البايع والمشتري اه . وظاهره انه لا فرق بين ان يكون مقبوضاً بيد المشتري او لا ، لان حق البايع لم ينقطع

## ﴿ تنبيه ﴾

تنبيه قدمنا فيما كتبناه عقب كتاب البيوع من احكام الاستحقاق ، انه لو استحق المبيع من يد المشتري فاراد الرجوع بالثمن على بايعه ، تسمع منه اي من البايع دعوى النتاج في ملكه او ملك بائعه او مورثه ويكون المشتري خصما له في ذلك ولا يشترط لسماعها حضرة المستحق على ما هو الاشبه والاظهر وان ما في البزازية من ان الاشبه والاظهر اشتراط حضرته ، سبق قلم - كما انه لا يشترط حضرة المبيع على ما افتى به القاضي ظهير الدين وقد حقق هذه المسئلة بما لا مزيد عليه في رد المحتار وتنقيح الحامدية من باب الاستحقاق فارجع اليها

المادة ١٦٣٧ — يشترط حضور الوديع والمودع والمستعير والمعير والمستأجر والمؤجر والمرتهن والراهن معاً عند دعوى الوديعة على الوديع والمستعار على المستعير والماجور على المستأجر والمرهون على المرتهن ، ولكن اذا غصب الوديعة او المستعار او الماجور او المرهون ؟ فللوديع والمستعير والمستاجر والمرتهن ، ان يدعي باؤلئك على الغاصب فقط . ولا يلزم حضور المالك وليس للمالك ان يدعي وحده ما لم يحضر هؤلاء .

قد تضمنت هذه المادة مسئلتين احداهما ان احد هولاء - يعني الوديع والمستعير والمستأجر والمرتهن ، لا تسمع الدعوى عليه بالمودع والمستعار والماجور والمرهون - الا بحضور المالك كما ان الدعوى بها على المالك لا

تسمع – الا بحضور احد هولاء ، لان الملك للمالك واليد للوديع والمستعير الى اخره فلا تسمع الدعوى على احدهما بدون حضور الاخر – الا اذا ادعى على احدهما الفعل كالغصب ونحوه فحينئذ تسمع . وفي دعوى الضياع هل يشترط حضرة المزارعين قيــل يشترط وقيل لا . وقيل لو كان البذر لهم يشترط ، لانهم مستأجرون للارض – لا لو ارب الارض لانهم اجراء له .

هذا لو ادعى مطلقاً – اما لو ادعى الغصب على رجل والارض في يد المزارع لا يشترط حضرة المزارع اه فصولين

وفي الهندية عن الخلاصة اقتصر على القول الاخير اعني التفصيل وزاد فيه : انه ان لم يكن البذر من المزارع ، فان نبت الزرع ، فكذلك يشترط حضوره وان لم ينبت فلا يشترط اه .

وكان وجهــه ان المزارع له حصة في الزرع النابت فاشترط حضوره لئلا يحكم بقلعه في غيبته – او ان هذا التفصيل فيما اذا ادعى الخارج ، غصب الارض بزرعها او اطلق – حتى دخل الزرع تبعاً للارض فاشتراط حضوره ، لئلا يحكم عليه بحصته من الزرع غيابا تامل .

واعلم ان دعوى الخارج الاجارة والرهن على احــد هولاء كدعوى الملك المطلق على ما هو الصحيح .

قــال في اول الثالث من الفصولين المستأجر هل يصلح خصما . مثلًا ادعى عليه انه استأجر الدابة قبله او انها ملكه اختلف فيه المتأخرون فقيل انــه خصم لانه يدعي ملك المنفعه – ومن يدعى الملك لنفسه في شيء ينتصب خصما لمن يدعيه سواء كان ملك المنفعة او غيره قال ( صذ ) هذ القول اقرب الى الصواب . وقيــل لا ينتصب خصما الا اذا ادعي الفعل عليه – بان يقول غصبها مني – اما بدون دعوى الفعـل عليه بان قال مثلًا استأجرتها قبلك وسلمها اليك لا الى لا ينتصب خصما وبه افتى ( ط ) وقال ( شخ ) هو الصحيح ، اذ لا يدعي ملك العين كمستعير فلا يكون خصما .

والحاصل ان المستاجر ليس بخصم لمن يدعى اجارة او رهنا او شراء

والمشتري يكون خصما للكل وكذا الموهوب له والى هذا القول مال ( ضه ) كذا ( ذ فقط ) اه . وكون المشتري يكون خصما لمدعي الاجارة والرهن هو المذكور في الخانية اوايل كتاب الاجارات - حيث قال : لو اجر ثم باع وسلم فجاء المستاجر وادعى الاجارة ، قبلت بينته على المشتري وان كان الآجر غايبا ، لان المشتري يدعي الملك لنفسه فكان خصما لكل من يدعي حقا في ذلك العين - وكذا لو رهن رجل عند انسان عينا وسلم ثم انتزعه من يده بغير اذنه وباع وسلم ثم جاء المرتهن وادعى الرهن واراد ان يسترده من المشتري واقام البينة على الرهن ، قبلت بينته وان كان الراهن غايبا ويؤخذ العين من يد المشتري ويسلم الى المرتهن لما قلناه . ذكر مسئلة الرهن في الزيادات ومسئلة الاجارة في المختصر اه - لكن ذكر في الفصولين بعد هذا ( ذ ) : باع منه شيئاً فادعى ثالث ان البايع آجر منه المبيع او رهنه منه قبل بيعه ، لا يصير المشتري خصما فلو حضر البايع فبرهن عليه المدعي الان تقبل بينته كذا صرح خواهر زاده اه .

ولم ار تصحيحاً لاحد القولين ، سوى اقتصار فقيه النفس قاضيخان على الاول

المسئلة الثانية ان احد هؤلاء لو غصب ما في يده كان هو الخصم للغاصب دون المالك

قال في الانقروية معزيا للفصولين والبزازية : غصب داراً من يد مستأجره فدعوى المالك على الغاصب لم تجز بلا حضرة المستأجر اذ اليد له ودعوى المستاجر على الغاصب بلا حضرة المالك تسمع اذ ملك المنفعة له بعقد الاجارة فله الخصومة بلا حضرة المالك اه . وفيها عن الخلاصة والفصولين ايضاً وفي الجامع الصغير : وجد المستعير المستعار في يد احد فهو خصم الا ان يدعي ذو اليد كونه مودع الغير اه . وفيها عن الفصولين اخذ لقطة ثم ضاعت منه فوجدها في يد آخر فلا خصومة بينهما بخلاف الوديعة . والفرق ان للثاني ولاية اخذ اللقطه كالاول بخلاف الوديعة اه

فهذا نص في ان الوديع كالمستأجر والمستعير في كونه خصما لمن غصب الوديعة منه فلا يرد ان تعليل الفصولين والبزازية لكون المستأجر خصما للغاصب بان ملك المنفعة له ، يقتضي ان لا يكون الوديع خصما للغاصب اذ لا ملك له في منفعة الوديعة — ولعل العلة في هذا ان طلب استرداد الوديعة من الغاصب ، من الحفظ الواجب عليه ولان اليد له والعلل لا تتزاحم تأمل .

## المادة ١٦٣٨ — لا يكون الوديع خصما للمشتري .

ولا لكل من يدعي حقاً سواء كان ملكا مطلقا او شراء او اجارة او رهنا على ما هو الصحيح — الا اذا ادعى عليه الفعل كما قدمناه في شرح المادة السابقة . والمستأجر والمرتهن والمستعير والغاصب ، كالوديع في هذا الحكم كما افادته المادة السابقة فذكر الوديع والمشتري في هذه المادة ، تخصيص بعد التعميم وهذه هي مخمسة الدعوى التي بينا احكامها في صدر هذا الفصل . ووديع الوديع كالوديع

ففي الثالث من الفصولين · الوكيل بالحفظ من جهة الغايب لو اودع عند غيره ومات فذو اليد يكون خصما لكل من ادعاه — الا ان يبرهن ان فلانا الغايب دفعه الى الميت الذي دفعه الي وغاب — فيخرج عن الخصومة اه .

ثم قال · اقول لو برهن انه وصل اليه من الغير ينبغي ان يخرج من الخصومة وان لم يذكر الدافع الى الميت على ما هو مقرر في المسئلة المخمسة . ومثله في البزازية على ما في الانقروية ونقل الشارح اللبناني عن الفتاوي الخيرية : رجل اشترى ثلثي فرس وتسلمها منه فادعت امرأة ان لها ربعا فيها فلا تسمع دعواها على المشتري سواء صدقته على الشراء او كذبته واقام برهانا اذ المشتري ليس بخصم لكونه مودعا في القدر المدعى به

عن الغايب كما صرح به في جامع الفصولين اهـ .

وهذا لانه بالاستحقاق يظهر ان البايع كان شريكا للمرأة المدعية فانصرف بيعه الى نصيبه والمشتري ليس بخصم في ثلثه الاخر ، لانه مودع فيه اما لو ادعت المرأة جميع الفرس والمسئلة بحالها فتسمع دعواها بالنسبة الى الثلثين وتندفع دعواها عنه بالنسبة الى الثلث الباقي على ملك البايع على ما اشار اليه في بيوع الجامع الكبير – خلافا لما عليه كلام المحيط والخانية والاختيار . من ان دعواها تندفع في الكل لتعذر التمييز كما بيناه اول هذا الفصل .

## فاذا ادعى احد تسليم الدار المودعة عند الآخر بقوله اني اشتريت هذه الدار من الشخص الفلاني فسلمني اياها وقال الوديع هي امانة اودعها عندي ذلك الشخص تندفع خصومة المدعي ولا حاجة الى اثبات الايداع

لاتفاق كل من الوديع ومدعي الشراء على ان اصل الملك للغائب اعني الشخص الفلاني – وكذا الحكم لو ادعى الخارج انه استأجر او ارتهن ممن يدعي ذو اليد الايداع منه او انه غصبه او استعاره منه فانها تندفع الخصومة عنه بلا بينة لما قلنا – لكن حينئذ يحلف ذو اليد على الايداع حتى لو نكل يصير خصما كما قدمنا التصريح به عن الفصولين اول هذا الفصل – ولعل العلة في ذلك انه لما اتفقا على ان اليد للغائب ، كان الظاهر شاهداً لمدعي الايداع مع كونه ذا يد والقول لمن يشهد له الظاهر مع يمينه .

ثم وقدمنا هناك ايضاً ان هذا اذا ادعى ذو اليد الايداع من نفس من ادعى الخارج الشراء منه فلو ادعاه من وكيله ، لم تندفع عنه الخصومة بلا بينة ، لان الوكالة لا تثبت بمجرد قوله ، وفي فتاوي الانقروي عن

القنية : خياط وعنده ثياب للناس وغاب عن البلد فهل لأصحاب الثياب ان يطلبوها من زوجته — ان كان عين ثيابهم عندها فلهم الطلب والاخذ — ووجهه ان للمالك ان يأخذ ملكه اينما وجده — الا اذا اثبت ذو اليد انه مودع لحينئذ يندفع عنه الخصومة فاما قبل دعواه فجواب المفتي ان للمالك طلب ملكه منه اه . ملخصاً .

ولكن لو قال المدعي نعم ان صاحب الدار كان اودعها عندك لكن بعد ذلك باعها لي ووكلني بقبضها وتسلمها منك واثبت ذلك اخذ الدار من الوديع .

لانه اثبت ببينته انه احق بامساكها هداية . وفي قوله هنا واثبت ذلك اي بالبينة ، اشارة الى ان الوكالة لا تثبت باقرار ذي اليد قال في الدر ولو صدقه في الشراء ، لم يؤمر بالتسليم ، لئلا يكون قضاء على الغايب باقراره اه .

وقد تقدم في كتاب الوكالة ان المودع لو اقر لآخر ان المودع وكله بقبض الوديعة ، لا يؤمر بالدفع اليه لعدم نفوذ اقرار المودع على المودع في ابطال يده . ولو برهن على الوكالة ، امر بالدفع اليه — بخلاف مديون الغايب اذا ادعى عليه شخص الوكالة بالقبض وصدقه فانه يؤمر بالدفع اليه ، لان الديون تقضى بامثالها فكان اقراراً على نفسه لا على الغائب اه.

تكملة قال المحقق سعدي جلبي في حاشية العناية : فان قيل انه باقامة المدعى البينة ايضاً يلزم الحكم على الغايب بانه وكله قلنا لا محذور فيه فان ما يدعي على الغايب وهو التوكيل سبب لما يدعي على الحاضر وهو التسليم اه . غاصب الغاصب ومودع الغاصب ينتصب خصما للمالك — حتى ان من ادعى مالاً في يد رجل انه ملكه غصبه منه فلان وغصبه هـذا الرجل من فلان واقام على ذلك بينة ، تسمع دعواه وكذلك لو اقام البينة

ان فلانا غصبه منه واودعه هذا الرجل وقال ذو اليد اودعني فلان الذي يدعي المدعي الغصب عليه ، لا تندفع عنه الخصومة ويقضى بالعبد للمدعي كذا في فتاوي الانقروي عن مجمع الفتاوي . وهـذا لان المدعي ادعى على ذي اليد فعلاً وهو انه غصب المدعى به من يد غاصبه وبهذا تندفع المخالفة بين ما نقله الانقروي عن مجمع الفتاوي .

ومثله ايضاً في البزازية والهندية ، وبين ما ذكره في التنوير ونصه : ولو ادعى انه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعه عنده ، اندفعت اه .

وجه اندفاع المخالفة ، ما في مجمع الفتاوي وغيرها فيه دعوى فعل الغصب على ذي اليد — بخلاف ما في التنوير فتامل وراجع ما كتبناه في شرح قول المجلة الفصل الثاني في دفع الدعوى المودع والغاصب لو مقراً ، لا ينتصب خصما للمشتري وينتصب خصما لوارث المودع او المغصوب منه حتى لو ادعى رجل انه وارثه ، والمودع او الغاصب مقر بالمال لكنه قـال لا ادري امات فلان ام لا او قال لا ادري انك وارثه فبرهن على الموت او الوراثة ، تقبل . هذا لو مقراً اما لو انكر وادعى الملك لنفسه فانـه ينتصب خصما لمدعي الشراء — كذا في الفصولين وفيه برهن ذو اليد على الرهن فبرهن المدعي انه قال في غير مجلس القضاء انه ملكي ، يصير خصما لانه سبق منه ما يمنع صحة دعوى الرهن اه .

المادة ١٦٣٩ — لا يكون الوديع خصما لدائن المودع بناء عليـه اذا اثبت الدائن طلبه الذي هو في ذمـة المودع في مواجهة الوديع فليس له ان يستوفي الدين من الوديعة التي عنده .

الصواب في ترجمة هذه الفقرة هكذا بناء عليه ليس للدائن ان يثبت طلبه الذي هو في ذمة المودع في مواجهة الوديع ولا ان يستوفي دينـه

من الوديعة التي عنده هذا ما تعطيه عبارتها التركية والا كانت هـذه الفقرة متناقضـة .

ولكن من كانت نفقته واجبة على الغائب له ان يدعي نفقته على الوديع ليأخذها من دراهم الغائب التي هي امانة عنده على ما ذكر في المادة ٧٩٩

المراد بمن تجب نفقته على الغائب ، الزوجة والزمن والانثى من اصوله وفروعه لان هؤلاء لهم ان يأخذوا من ماله للنفقة بغير قضاء ولا رضاء والقضاء في حقهم اعانة وفتوى من القاضي – واما غيرهم من الاقرباء كالاخ والعم ، فان نفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغايب لا يجوز فلا تسمع دعواهم على الوديع مطلقاً .

ثم ان سماع دعوى الزوجة وما عطف عليها بالنفقة على الوديع ، مقيد بان تكون الوديعة دراهم او ما يصلح لنفقة الزوجات من طعام او كسوة وبان يكون الوديع مقراً بالوديعة وبانها في يده وبالزوجية او النسب – فلو كانت الوديعة حيوانا او متاعاً ونحوه او كان الوديع منكراً الوديعة او الزوجية او النسب ، فلا تسمع عليه دعوى النفقة – اما في الاول فلأنه يحتاج فيه الى بيع الوديعة وقد اجمع الفقهاء انه ليس للقاضي بيع مال الغائب للانفاق – واما الثاني ، فلأن الوديع ليس بخصم لهؤلاء في اثبات الملك للغايب ولا في اثبات الزوجية ونحوها ولا يمين عليه لانه انما يحلف من كان خصما صرح بهذا في البحر والدر والدرر وغيرها وتمامه فيما كتبناه في شرح المادة ٧٩٩ المذكورة وقدمنا هناك عن الخانية انه لو كان للغايب دين على رجل والغريم يقر بالمال والنكاح ، فالدين بمنزلة الوديعة فليحفظ .

المادة ١٦٤٠ – لا يكون مديون المديون خصما للدائن

فليس لمن كان له في ذمة الميت طلب ان يثبت طلبه في مواجهة مديونه ويستوفيه منه .

لكن اذا ثبت الدين في التركة في وجه من يكون خصما كالوارث والوصي واقر المديون عند الحاكم ان عليه لهذا الميت كذا ، يامره الحاكم بدفع ما عليه الى دائن الميت كما في الرابع من دعوى البزازية ، واما مودع المديون فعدم كونه خصما للدائن ، قد صرحت به المادة السابقة فالتنبيه عليه هنا تكرار محض فافهم .

وهذا اي عدم كون مديون الميت خصما ، متفق عليه اذا لم يكن الدين محيطا بالتركة - اما اذا كان الدين محيطاً ، ففيه خلاف . فقد نقل في الانقروية عن وصايا قاضيخان : رجل مات وترك وارثا وعليه دين محيط بتركته . قال الفقيه ابو بكر الوارث لا يكون خصما للغرماء ، لانه لا يرث وقال علي بن احمد الوارث يصير خصما ويقوم مقام الميت في الخصومة وبه نأخذ اه . ونقل عنها ايضا ان الصحيح ان الوارث يكون خصما لمن يدعي على الميت ديناً وان لم يملك شيئا اه . - لكن في الخانية ايضا اوائل كتاب الدعوى : رجل ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه او وصيه - ذكر في الجامع في الوصايا انه لا تسمع دعواه لان الوارث لا يكون خصما لمن يدعي على الميت اذا لم يترك الميت شيئا اه . ولعله حكاية لقول الفقيه ابي بكر المار الذي هو - خلاف الصحيح المأخوذ به تأمل .

وفي الانقروية عن الثامن والعشرين من العمادية : ذكر رشيد الدين ان في التركة المستغرقة ، الخصم في اثبات الدين انما هو الوارث ، لانه خلف الميت وتسمع البينة عليه - لكن لا يحلف عليه لانه لو نكل لا ينفذ اقراره على الغرماء اه .

وفيها عن فتاوي قاضيخان رجل مات وعليه دين محيط بجميع ماله

فادعى رجل على الميت ديناً وعجز عن اقامة البينة — قال ابو نصر : ليس له ان يستحلف اصحاب الديون او الورثة واذا كانت له بينة يقيمها على الوصي وان لم يكن للميت وصي ، جعل القاضي رجلاً وصيا فـان كان في مال الميت فضل عن الديون ، كان له ان يستحلف الوارث اه .

وفيها عن المنتقى الموصى له بجميع المال عند عدم الوارث والوصي ، خصم لمن يدعي دينا على الميت . ولو ادعى رجل على ان الميت اوصى اليه وقدم غريما للميت تسمع كما تسمع دعوى الوكيل على غريم الموكل وان ادعى على الميت دينا ، فالخصم هو الوارث او الوصي ولا تسمع على الغريم الذي له على الميت دين او للميت عليه دين اه .

وفيها عن البزازية والرابع من الفصولين : اثبات الدين على من بيده مال الميت هل يصح — ذكر فيه اختلاف المشايخ — وصورته المريض مرض الموت وهب كل ماله في مرضه او اوصى بجميع ماله اي ولا وارث له ثم ادعى رجل دينا على الميت ، قـال السندي ينصب القاضي وصياً ويسمع الخصومة عليه وقال شمس الائمة يسمع على من بيده مال الميت اه .

ثم نقل عن التتارخانية والمحيط ، ان القاضي لا يسمع الدعوى على من بيده المال واذا لم يسمع دعواه لا يحلف المدعى عليه ولو اقام بينة لا تسمع بينته اه .

ولم يذكر خلافا . وفيها عن فتاوى قاضيخان : رجـل باع اقواماً ومات قبل استيفاء الديون ولم يترك وارثاً ظاهراً فاخذ السلطان ديونه من الغرماء ثم ظهر له وارث ، كان على الغرماء اداء الديون الى الوارث ثانيا ، لانه لما ظهر الوارث ظهر انه لم يكن للسلطان حق الاخذ اه — لكن ذكر في هامشها ان قاضي زاده افتى — بخلاف هذا فليتأمل .

وفي التكملة : رجل وهب جميع ماله لانسان وسلمه اياه ثم مات ، فادعى عليه آخر ان هذه العين له او ان له على الميت كـذا من الدين فانها تسمع دعواه عليه ، لان في الاولى العين التي يدعيها في يد الموهوب له — وفي الثانية الدين متعلق في التركة وهي في يـده — ولكن في الثانية يشترط ان تكون الهبة في مرض الموت لان الدين انما يتعلق

بهـا فيه اه .

اقول الظاهر ان ما ذكره في دعوى العين محل اتفاق لما تقـدم في المادة ١٦٣٥ من ان الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط ولما قدمناه مراراً من ان مدعي ملك عين في يده يكون خصما لكل من يدعيها – واما ما ذكره في دعوى الدين فانما يتمشى على ما قاله شمس الايمة وقد علمت ان ما قاله السندي من انه ينصب القاضي وصيا ويسمع الخصومة عليه هو المقـدم في عبارة البزازية والفصولين واقتصر عليه في التتارخانيه والمحيط فليتأمل .

المـادة ١٦٤١ – لا يكون المشتري من المشتري خصما للبايع مثلًا لو باع احد لاخر مالا وبعد القبض باعه المشتري لاخر فليس للبـايع الاول ان يطلب ويدعي الثمن عـلى المشتري الثاني بقوله ان المشتري الاول كان اشترى مني هذا المال وقبضه بدون ان يدفع لي ثمنه فاعطني ثمن المال او المال لا حبسه الى استيفـاء الثمن لا تسمع دعواه هذه عـلى المشتري الثـاني .

لا يخفى ان عدم سماع دعوى البايع الاول على المشتري الثاني – فيما اذا كان قبض المبيع باذنه ، ليس لكون المشتري الثاني ليس بخصم – بل لكونه لا حق له في مطالبته في الثمن لانـه ليس بمشتر منه ولا بكفيل عن المشتري ولا في استرداد المبيع ليحبسه بالثمن لانه ليس له ذلك لو بقي المبيع في يد المشتري الاول لسقوط حق حبسه بتسليمه فما بالك باسترداده من المشتري الثاني – فيتعين ان يكون المراد ان المشتري الاول قبض المبيع بدون اذن بايعه ليكون له حق استرداد المبيع ليحبسه بالثمن – الا ان

المشتري اذا انكر دعواه القبض بلا اذنه لا يكون خصما له في اثبات ذلك وانما الخصم في ذلك هو المشتري الاول .

قال في الهندية : رجل اشترى من اخر جارية بالف درهم ولم ينقد ثمنها وقبضها بغير اذن البايع وباعها من رجل اخر بمائة دينار وتقابضا وغاب المشتري الاول وحضر بايعه واراد استردادها من يد المشتري الثاني — فان اقر المشتري الثاني ان الامر كما وصف البايع الاول ، كان للبايع الاول ان يدة .ها من المشتري الثاني وان كذب المشتري الثاني البايع الاول او قال لا ادري احق ما قاله البايع الاول او باطل فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشتري الاول كذا في المحيط اه .

ونقلهـا في الباب الرابع من كتاب البيوع عن الذخيرة بزيادة قوله واذا استردها بطل البيع الثاني اه— يعني وان استردها باقرار المشتري الثاني ان الامر كما وصف بطل البيع الثاني وهذا لمـا قدمناه في شرح المادة ٢٧٧ من ان قبض المشتري المبيع قبل اداء الثمن بغير اذن البايع غير معتبر وللبايع استرداده ونقض ما يلحقه النقض من تصرفات المشتري كالبيع والهبة والرهن والاجارة فليراجع . ثم اذا حضر المشتري الاول كان هو الخصم لبايعه في اثبات حق الاسترداد والحبس فاذا ادعى ان القبض كان بأذن البايع او ان الثمن مشروط تأجيله ، كان عليه اثباته بالبينة وعلى البايع اليمين عند العجز لانكاره ما يسقط حق حبسه — فاذا عجز المشتري الاول عن اثبات ما يدعيه وحلف البايع على عدم الاذن بالقبض او على عـدم اشتراط تأجيل الثمن ، بطل البيع الثاني كما علمت وثبت له حق الاسترداد من المشتري الثاني والحبس .

والظاهر انه يشترط حضور المشتري الثاني ايضاً عند المخاصمة ، لانه صاحب اليد على المبيع وان اقرار المشتري الاول بانه قبضه المبيع كان بغير اذن بايعه ، لا ينفذ على المشتري الثاني لانه اقرار على الغير وليراجع هذا وقد اختصر الشارح اللبناني تبعاً لمرأة المجلة عبـارة الهندية اختصاراً مخلاً فلم يبق لحل المراد من هذه المادة محلاً فليتنبه له .

ج - ٥

المادة ١٦٤٢ — يصح ان يكون احد الورثة خصما في الدعوى التي تقام على الميت او له

اي ويكون خصما عن الباقين وتخصيص احد الورثة بهذا الحكم، ليس الا لكون هذه المادة قد ذكرت فيها تفصيلات واحكام مختصة بالوارث والا فان الوصي وكذا الموصى له بكل المال عند عدم الوارث يكون خصما فيما يُدعى على الميت او له كما قدمنا النقل فيه في شرح المادة ١٦٤٠ . وكذا الموصي له بالعين يكون خصما لمن يدعي شراءها او نحوه من الميت كما في الفصولين والهندية وغيرها وعبارة الفصولين : الموصى له بعين خصم لمدعي ذلك العين بسبب الشراء من الموصي والغريم ليس بخصم للغريم قبض الغريم الاول شيئاً او لم يقبض . والموصي له ليس بخصم للغريم – وهذا لو كان موصى له بالثلث لا غير فان كان موصى له بما زاد على الثلث وصحت بأن لم يكن له وارث فهو خصم للغريم ويصير كوارث اذ استحقاق ما زاد على الثلث من خصائص الوارث اه . ومثله في الهندية بزيادة اي والوارث خصم للغريم . ونظير احد الورثة في انتصابه خصماً عن الباقين احد نظار الوقف .

ففي رد المحتار من كتاب الوقف عن التتارخانية وقف ارضه على قرابته فادعى رجل انه منهم والواقف حي فهو خصمه والا فالقيم ولو متعدداً وان ادعى على واحد جاز ولا يشترط اجتماعهم اه. وكذا احد الموقوفين عليهم ينتصب خصما عن الكل اذا كان اصل الوقف ثابتاً كما في التنوير .

قال في حاشية رد المحتار والمسئلة في المحيط والقنية وقف بين اخوين مات احدهما وبقي في يد الحي واولاد الميت فبرهن الحي على احدهم ان الوقف بطنا بعد بطن والباقي غيب والواقف واحد يقبل وينتصب خصماً عن الباقين ولو برهن الاولاد ان الوقف مطلق علينا وعليك، فبينة الاول

اولى اه .

وتمامه في رد المحتار وفي حاشية الرملي على الفصولين من الفصل الثامن والعشرين احد الوصيين او الثلاثة لا يشترط اجتماعهم بل تكفي الدعوى على احدهم كما صرح به في التتارخانية .

## ولكن الخصم في دعوى عين من التركة هو الذي في يده تلك العين والوارث الذي لم يكن ذا يد ليس بخصم

استدراك على اطلاق الفقرة المارة فان احد الورثة لا يكون خصما لمن يدعي عيناً في التركة ما لم تكن العين المدعاة جميعها في يده حتى لو كان بعضها في يده فهو خصم فيما في يده فلو قضى عليه ينفذ القضاء بقدره كما في الخلاصة — ولذا ذكر في جامع الفصولين انه في دعوى العين انما يكون ذو اليد خصما عن بقية الورثة اذا لم تكن العين مقسومة — اما اذا كانت قد قسمت واخذ كل نصيبه فلا يكون الحاضر خصما الا في حصته فقط اه اي وان كانت حصص الباقين المفروزة في يد ذلك الحاضر بالاعارة او الاجارة وهو ظاهر لان يده حينئذ ليست يد خصومة وفي البحر من متفرقات القضاء احد الورثة ينتصب احدهم خصما عن الباقين بشروط ثلاثة كون العين في يده وان لا تكون مقسومة وان يصدق الثالث انها ارث عن الميت اه . وافاد الخير الرملي في حاشيته على الفصولين ان اشتراطهم كون العين في يد المدعى عليه، يشمل ما لو كان المدعي بعض الورثة على بعض فتسمع الدعوى بشراء الدار من المورث وهي واقعة الفتوى اه . كذا في رد المحتار وقوله فتسمع الخ — يعني تسمع الدعوى من الوارث على وارث اخر اذا كانت العين المدعاة في يد هذا المدعى عليه ويكون هذا خصما عن الباقين وهذا اذا كانت دعوى العين على الوارث اما لو ادعاها احد الورثة على ذي اليد عليها فانما يكون

ج — ه

خصما عن الباقين لو ادعى جميعها ارثا له ولباقي الورثة — اما لو ادعى حصته منها فقط فلا يكون خصما عنهم حتى ان القضاء سواء كان له او عليه لا يتعداه اليهم — بخلاف ما اذا ادعى جميعها كما في البحر والفصولين وغيرها وفي مسايل شتى القضاء من البحر تنبيهات مهمة فلتراجع

مثلاً يصح لاحد الورثة ان يدعي دين الميت الذي هو في ذمة آخر وبعد الثبوت يحكم بجميع الدين المذكور لجميع الورثة وليس للوارث المدعي ان يقبض الا حصته من ذلك ولا يقبض حصص سائر الورثة

ليس هذا الحكم خاصاً في الدين بل الحكم كذلك لو ادعى بعض الورثة عيناً للميت في يد اخر سواء كان عقاراً او منقولا فانه بعد الثبوت ليس له ان يقبض منها سوى حصته على قول ابي حنيفة وعليه جميع المتون اي يقبضها مشاعاً لا مقسومة كما في البحر والفصولين

قال في الهداية في فصل في قضاء المواريث من شتى القضاء : واذا كانت دار في يد رجل واقام الاخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغايب قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان كان الذي هي في يده جاحداً اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده — لهما ان الجاحد خاين فلا يترك المال في يده — بخلاف المقر فانه امين — وله ان القضاء وقع للميت مقصوداً واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض يده كما اذا كان مقراً وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي • والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي • ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها وقيل المنقول

على الخلاف ايضاً وقول ابي حنيفة رحمه الله تعالى اظهر لحاجته الى الحفظ. والحفظ بالترك في يده اتم لانه يصير محفوظا صورة ومعنى لانه لو هلك في يده يجب عليه الضمان لانه بالانكار صار ضامنا ولو اخذه من يده ووضع في يد امين لا يصير محفوظا معنى، لانه غير مضمون عليه وانما لا يوآخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها وهذا لانه ربما لا يجد كفيلًا او لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتثور الخصومة ثم اذا حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينه ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين لان المقضي له وعليه، انما هو الميت في الحقيقة. وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك - بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نايبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه اه بقليل اختصار وقليل زيادة من الكفاية والفتح

كذلك لو اراد احد ان يدعي بدين على التركة فله ان يدعي في حضور واحد من الورثة فقط سواء وجد في يد ذلك الوارث من التركة مال او لم يوجد

بخلاف دعوى العين فان الدعوى بها على احد الورثة لا تسمع ما لم تكن العين جميعها في يده كما تقدم في الفقرة الثانية من هذه المادة وشرحها والفرق ان حق الدائن شايع في جميع التركة - بخلاف العين المدعى بها زيلعي وفي البزازية ادعى على الميت دينا والكبار غيب والصغير حاضر، نصب على الحاضر وكيلًا فاذا اقضى على الوكيل فهو قضاء على الكل ويستوفي دينه من نصيب الحاضر اذا لم يقدر على نصيب الكبار واذا حضروا يرجع عليهم لان الدين مقدم على الميراث اه.

ولا تنس ما قدمناه في شرح المادة ١٦٤٠ من ان الوارث خصم لمن يدعي دينا على الميت وان لم يترك الميت شيئا او كانت تركته مستغرقة

بالديون على ما هو الصحيح المأخوذ به .

**فاذا ادعى هكذا بحضور واحد من الورثة ديناً واقر به ذلك الوارث يؤمر باعطاء ما اصاب حصته من ذلك الدين ولا يسري اقراره الى سائر الورثة**

وهذا لان الاقرار حجة قاصرة لا يتعدى المقر - بخلاف البينة - وكالاقرار النكول عن اليمين قال في البزازية وان اقر احد الورثة بالدين يلزمه في حصته حتى يستغرقها

قال الفقيه ابو الليث وهو القياس وبه اخذ علماؤنا - لكن الاختيار عندي ان يؤخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والثوري وابن ابي ليلى والشافعي وانه ابعد من الضرر واقرب الى الصواب

ومثله في التاسع والعشرين من جامع الفصولين وقال هو اي ما اختاره ابو الليث قول الشعبي والحسن البصري ومالك وابن ابي ليلى وسفيان الثوري وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول اعدل وابعد عن الضرر اه .

ولهذا اخذت به جمعية المجلة وهذا الخلاف ، جار فيما لو اقر بعض الورثة بالدين - اما لو اقر بالوصية بالثلث فقد اتفقوا على ان الوصية تلزمه في ثلث حصته فقط - كما في الدر وعبارة الفصولين : احد الورثه لو اقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه وفاقا اه - وعليه لو كانت الوصية بالف مثلا وحصة المقر من التركة الربع يلزمه من الف الوصية ربعها ، وهذا اذا صدق احد الورثة بالدين وكذب الباقون - اما لو صدقوا جميعا لكن على التفاوت كرجل مات عن ثلاثة بنين وثلاثة الآف درهم فاقتسموها واخذ كل واحد الفا فادعى رجل على ابيهم ثلاثة الآف فصدقه الاكبر في الكل والاوسط في الالفين والاصغر في الالف اخذ من الاكبر الفا ومن الاوسط خمسة اسداس الالف ومن الاصغر ثلث الف عند ابي يوسف وقال محمد في

الاصغر والاكبر كذلك وفي الاوسط ياخذ الفا . ووجه كل الكافي كذا في رد المحتار ومثله في الدر . وتوجيه قول ابي يوسف كما في الهندية ان المقر له ياخذ الفا من الاخوة الثلاثة ، لاتفاقهم عليها ويأخذ من الاوسط والاكبر الفا مناصفة ، لاتفاقهما عليها فيبقى في يد كل منهما سدس الالف فيأخذ من الاكبر ما بقي في يده وهو سدس الالف ويبقى في يده وهو سدس الالف ، اذ لا يجب عليه من الالف الثالثة شيء ، لان الاكبر قد انفرد بالاقرار بها . وبقي في المسئلة تفصيل وخلاف ذكره قبيل الثامن من اقرار الهندية فليراجع :

وانت خبير بان هذا مبني على ما هو ظاهر الرواية من ان المقر يلزمه جميع الدين حتى يستغرق حصته – اما على قول ابي الليث الذي مشت عليه المجلة ، فلم ار من ذكر الحكم فيه – ولعل الظاهر انه ياخذ من الاكبر الفه ، لانه يلزمه من الدين المقر به بقدر حصته من التركة وحصته منها الثلث وقد اقر بثلاثة ومن الاوسط ثلثي الفه لانه اقر بالفين فيلزمه ثلث الالفين وهو ثلثا ما بيده ومن الاصغر ثلث ما بيده لانه اقر بالف فيلزمه ثلثها لان حصته من التركة الثلث – او لان اقرار الاكبر بكل الدين يتضمن اقراره بان لا حق له في التركة واقرار الاوسط بالفين منه ، يتضمن اقراره بان حقه من التركة ثلث الف وما زاد عليه هو حق الدائن – واقرار الاصغر بالف يتضمن اقراره بان حقه من التركة ثلث الفين وما زاد عليه حق الدائن تأمل وراجع لتظفر بالنص . وذكر في رد المحتار معزيا للعمادية من الفصل التاسع والثلاثين : احد الورثة اذا اقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه بالاتفاق . واذا مات ثلاثة بنين وترك ثلاثة الاف ... خذ كل ابن الفا فادعى رجل ان الميت اوصى له بثلث ماله وصدق احد البنين ، فالقياس ان يؤخذ منه ثلاثة اخماس ما في يده وهو قول زفر وفي الاستحسان يؤخذ منه ثلث ما في يده وهو قول علمائنا رحمهم الله تعالى – لنا ان المقر اقر بالف شايع في الكل وثلث ذلك في يده وثلثاه في يد شريكه وما كان اقرارا فيما في يد غيره لا يقبل فوجب ان يسلم الى الموصى له

ثلث ما في يده اهـ . وتوجيه القياس مذكور فيشرح الزيلعي من كتاب الوصايا فليراجعه من شاء .

## تنبيـه

اتفقت الشروح والفتاوي على ان المقر بالدين لو شهد مع اخر بالدين المقر به تقبل شهادته . وتخريج هذا الفرع على قول ابي الليث الذي مشت عليه المجلة ، ظاهر لا اشكال فيه – واما على ما هو ظاهر الرواية وعليه المتون من ان المقر يلزمه جميع الدين حتى يستغرق حصته ، فمشكل ، لان هذا المقر بشهادته يدفع عن نفسه مغرماً – وحيث ان هذا الفرع من كلام محمد في الزيادات ولم يذكر فيه خلاف لاحد من المشايخ ، استدلوا به على ان الدين انما يحل جميعه في حصة المقر – كما هو ظاهر الرواية – بقضاء القاضي لا بمجرد اقراره ، اذ لو كان يحل في نصيبه بمجرد اقراره ، ما قبلت شهادته لما فيها من دفع المغرم قال في جامع الفصولين رامزاً للخانية : ينبغي للقاضي ان يسئل المدعى عليه هل مات مورثك فان قال نعم يسئله عن دعوى المال فاو اقر وكذبه بقية الورثة ولم يقض باقراره حتى شهد هذا المقر واجنبي معه ، يقبل ويقضى على الجميع وشهادته بعد الحكم عليه باقراره لا يقبل اهـ . وقوله حتى يشهد هذا المقر واجنبي – التقييد فيه بكون الشاهد الاخر اجنبياً ، لان وضع المسئلة في ان باقي الورثة منكرون فلو كان المقر من الورثة اثنين فشهدا على الميت بحضور باقي الورثة او بعضهم ، تقبل كما هو الظاهر ، اذ لا مانع من قبولها على ان عبارة الدر كغيره ولو شهد هذا المقر مع اخر الخ فهو شامل لما اذا كان الاخر وارثا مثله فتدبر .

وبما قررناه تعلم سقوط ما بحثه العلامة الطحطاوي وتبعه في التكملة – من انه ينبغي تخريج هذا الفرع على قول ابي الليث ، لان اقرار

ح — ه

الانسان حجة في حق نفسه اي ولا حاجة في حجيته الى حكم القاضي به . ووجه السقوط ان هذا الفرع لم يذكروا فيه خلافاً لاحد فكيف يكون مخرجا على ما هو خلاف ظاهر الرواية الذي جرت عليه المتون . بقي هنا شيء وهو انه ما المراد بقضاء القاضي هل هو الحكم على المقر بانه اقر او الحكم عليه بحلول كل المال المقر به في حصته بسبب اقراره — والظاهر الثاني ، اذ لا معنى للحكم على المقر بانه اقر وعبارة البزازية وغيرها مما يحفظ ان الدين لا يحل بمجرد الاقرار وانما يحل بالقضاء وعلم ذلك بمسئلة ذكرها في الزيادات ان الوارث المقر بالدين اذا شهد مع رجل آخر بالدين على الميت تقبل ولو كان حل في حصته باقراره ، لما قبل لما فيه من دفع المغرم اه .

وفيها ايضاً من الباب الرابع في دعوى الدين من كتاب الدعوى : ولو اقر احد الورثة بالدين يستوفى كله من نصيبه حتى يستغرقه قال مشايخنا فيه قيد لم يذكره احد وهو ان يحكم الحاكم بذلك اما بمجرد الاقرار فلا يحل في حصته اه . ونظيره في الباب الثاني من دعوى الهندية معزيا لفتاوي قاضيخان فان الظاهر من هذه النقول ان المقضى به هو حلول الدين في حصته بسبب اقراره .

فتلخص من هذا كله ان الخلاف بين ظاهر الرواية وبين قول ابي الليث ثابت من حيث انه يلزم المقر كل الدين في حصته — او يلزمه منه بقدر حصته من الميراث — حتى لو ترافع المقر والدائن لدى القاضي فعلى ظاهر الرواية يقضي بالاول وعلى قول ابي الليث يقضي بالثاني واما من حيث قبول شهادة المقر مع اخر ، فلا خلاف لاتفاق القولين على قبولها قبل القضاء وعلى عدم قبولها بعده لما في شهادته من دفع المغرم اذ بالقضاء يتقرر حلول جميع الدين في حصته اتفاقاً ، لان القضاء في مجتهد فيه يرفع الخلاف فكيف اذا كان القضاء موافقا لما هو ظاهر الرواية — فاستظهار الشارح اللبناني انه على قول ابي الليث تقبل شهادة المقر مع اخر سواء كان قبل القضاء او بعده ، غير مسلم

وان لم يقر واثبت المدعي دعواه في حضور ذلك الوارث فقط يحكم على جميع الورثه واذا اراد ان يأخذ طلبه الذي اثبته من التركة فليس لسائر الورثة ان يقولوا له اثبت ذلك في حضورنا ايضاً

لما تقرر من ان القضاء بالبينة على بعض الورثة قضاء على جميعهم — ثم لو كان الاثبات بعد قسمة التركة فهل للدائن اخذ دينه كله من حصة الحاضر قال المصنف يعني صاحب التنوير في فتاوله : اختلفوا فيه فقال بعضهم نعم فاذا حضر الغايب يرجع عليه وقال بعضهم لا يأخذ منه الا ما يخصه اه ملخصا — كذا في رد المحتار وفي البحر من تنبيهات ذكرها في مسايل شتى القضاء : اذا اثبت المدعي دينه على بعض الورثة ؛ وفي يده حصته ، فانه يستوفي جميع دينه مما في يد الحاضر ثم يرجع الحاضر على الغايب بحصته اه معزيا لخزانة المفتين

وعبارة البزازية ادعى على الميت دينا والكبار غيب والصغير حاضر ، نصب عن الحاضر وكيلًا فاذا قضى على الوكيل فهو قضاء على الكل ويستوفي دينه من نصيب الحاضر اذا لم يقدر على نصيب الكبار — واذا حضروا يرجع عليهم ، لان الدين مقدم على الميراث . وهذا دليل على ان الدين اذا ثبت على واحد بالبينة يستوفى كله من حصته . وقال بعض المشايخ في الاقرار يستوفى الكل من نصيبه كما مر عندنا . ولو ثبت بالبينة لا يستوفى كله من حصته بالاجماع اه . وفي قوله وقال بعض المشايخ ، اشارة الى ضعفه وقد اقتصر على القول الاول في الفصولين وفيه رامزا الى فتاوي رشيد الدين : التركة لو لم تحط بدين واثبت غريم ديناً على احد الورثة يبيع الحاضر نصيبه ويقضي بالحصة وليس له بيع نصيب غيره للدين ، لانه ملك الغير ولو احاطها الدين لا يملك الوارث بيعه الا برضى الغرماء.

— حتى لو باع لا ينفذ . ادعى بعض الورثة دينا على مورثه وصدقه البعض وانكر البعض فانه ياخذ من نصيب من صدقه بعد ان يطرح نصيب المدعي من ذلك الدين اه . وقوله ياخذ الدين الخ اي اخذاً بظاهر الرواية — واما على قول الفقيه ابي الليث فيأخذ من نصيبه بقدر حصته كما علمت . وفي فتاوي الانقروي ولو قضى الوارث دين الميت من التركة باقراره فجاء دائن آخر يضمن له وان اداه بقضاء لم يضمن ويشارك الاول اه

## لكن لهم صلاحية دفع الدعوى

اي لان قولهم لا يصح دفع الدعوى من غير المدعى عليه يستثنى منه ، ما اذا كان المدعى عليه احد الورثة لان ضرر الدعوى عايد على غير المحكوم عليه منهم او لان الباقين مدعى عليهم معنى لان المقضي عليه كان قايماً مقامهم قال في الخامس عشر من دعوى البزازية : الدفع من غير المدعى عليه ، لا يسمع ودفع احد الورثة انما يسمع ، وان ادعى على غيره لقيام بعضهم مقام الكل حتى لو ادعى مدع على احد الورثة داراً فبرهن الوارث الاخر ان المدعي اقر بكونه مبطلاً في الدعوى يسمع اه .

وفيها اخر الفصل الرابع عشر : ادعى ديناً على وارث فبرهن — ثم ان غيره من الورثة صالح معه ثم لن غير المصالح من الورثة ادعى ايفاء مورثه ذلك الدين وبرهن عليه يسمع ولا يعطى له بدل الصلح وان برهن المصالح لا يسمع ويلزمه تسليم بدل الصلح اه

وانظر ما كتبناه في اول شرح الفصل الثاني في دفع الدعوى

واما اذا اراد ان يدعي احد من التركة قبل القسمة الفرس الذي هو في يد واحد من الورثة بقوله هذا فرسي وكنت اودعته عند الميت فالخصم من الورثة هو ذو اليد

فقط وان ادعى على احد من باقي الورثة لا تسمع دعواه واذا ادعى على ذي اليد وحكم باقراره فلا يسري اقراره الى سائر الورثة ولا ينفذ اقراره الا بمقدار حصته ويحكم بكون حصته في ذلك الفرس للمدعي وان انكر الوارث الذي هو ذو اليد واثبت المدعي دعواه يحكم على جميع الورثة راجع المادة ٧٨

اوضحت هذه الفقرة انه لا فرق في الاحكام المارة في دعوى العين من التركة بين ان يكون المدعي اجنبياً او وارثاً حيث لا تسمع على من لم تكن العين في يده واذا حكم على هذا المدعي عليه باقراره ، لا يتعداه الحكم الى باقي الورثة لعدم نفاذ اقراره عليهم . ومثل الاقرار نكوله عن اليمين - كما يعلم من باب اليمين من دعوى الخانية واذا حكم عليه بالبينة يكون الحكم نافذاً على باقي الورثة وليس لهم بعد ذلك الا دفع الدعوى لما تقدم في المادة ٧٨ من ان البينه حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة - غير انه اذا كان المدعي وارثاً فانما تسمع دعواه قبل قسمة التركة اما بعدها فلا لانه يصير متناقضاً كما سيأتي التصريح به في المادة ١٦٥٦ ثم حيث كان المدعى به في هذه الفقرة فرسا تثبت اليد بمجرد تصادقهما اى المدعي والمدعى عليه على ذلك ولا حاجة في ثبوتها الى اقامة البينة - بخلاف ما اذا كان المدعى به محدوداً كما سيأتي التصريح بذلك في المادة ١٧٥٤ والعجب من الشارح اللبناني انه قال هنا لا يثبت كونه ذا يد اي الفرس بمجرد اقراره بل لا بد من بينة ثم قال انظر المادة ١٧٥٤ .

واعلم ان الحكم انما ينفذ على باقي الورثة اذا حضر الغائب وصدق ان العين ميراث بينه وبين الحاضر المحكوم عليه - اما لو ادعى انه اشتراها او ورث نصيبه من رجل اخر لا يكون القضاء على الحاضر قضاء

عليه فتسمع دعواه وتقبل بينته كما في الفصولين . وذكر في البحر ادعى بيتاً فقال ذو اليد انه ملكي ورثته من ابي – فلو قضي عليه فظهر على جميع الورثة ، فليس لاحد ان يدعيه بجهة الارث اذ صار مورثهم مقضياً عليه فلو ادعاه احدهم ملكاً مطلقا ، تقبل اذا لم يقض عليه في الملك المطلق فلو ادعاه ذو اليد ملكا مطلقا لا ارثا ، لا تصير الورثة مقضيا عليهم فلهم اخذه بدعوى الارث – لكن ليس لذي اليد حصة فيه اذا قضى عليه اه .

## فروع

اقر احد الورثة بالدين ومع ذلك اراد الغريم ان يبرهن حتى يتعدى الدين الى كل انصباء الورثة ، له ذلك كالوكيل بقبض الوديعة اراد ان يبرهن على انه وكيل بالقبض مع اقرار المودع – او الموصى له بالثلث اراد ان يبرهن على الوصية مع اقرار الوارث – او الوكيل بالبيع اقر بقبض الثمن فاراد المشتري ان يبرهن على نقد الثمن له ذلك بزازية اخر دعوى الدين . ولو اقر كل الورثة بالدين فاقام المدعي بينة تقبل لاحتياجه الى الاثبات في حق غيرهم ايضا ، اذ ربما يظهر غريم آخر ودينه ظاهر ودين المقر لا يظهر في حقه باقرار الورثة – وكذا لو اقروا بالوصية فاقام البينة تقبل ايضا ( مح ) : تقبل البينة على دينه ولو اقر به بعضهم لانه ربما لا يفي نصيب المقر بحقه فبالبينة يقضى حقه من جميع التركة ، واقرار الوارث يقتصر على نصيبه ولا يجوز اقرار الوصي بدين على الموصي الا ان يشهد هو ومعه اخر فيصح على معنى الشهادة كذا في الثاني والعشرين من الفصولين وفيه ( فش ) ولو ادعى وصيه دينا عليه ، فالحاكم ينصب وصيا اخر يدعي عليه اذ دعواه على نفسه لم يصح اه .

ادعى الدين في التركة لا حاجة الى ذكر كل الورثة – بل اذا ذكر واحداً وبرهن عليه انه واجب عليه اداء الدين من تركته التي في

يده يكفي ولو كان الوارث صغيراً يبرهن على وصيه وان ادعى دين الميت على احد لا بد من بيان عدد الورثة اه .

انقروي عن البزازية : ترك اخرين فاقر اخ باخ اخر وانكره الاخر يعطى المقر نصف ما في يده بزازية . وفيها عن الجامع الاصغر مات عن الف فبرهن عليه على الف وقضي ثم ادعى آخر الفا فانكره الوارث وصدقه المقضي له فالالف بينهما انصافا وبه اخذ الفقيه اه . وفيها برهن على دين على الميت وعلى وفاء التركة به لا بـد من بيان التركة حتى لو كان عقاراً لا بد من بيان حدوده . وان ادعى اقرار الورثة بالوفاء ، لا يحتاج الى بيان التركة . والاصح انه يقبل بلا بيـان التركة وعليه الفتوى - وان استوفى غريم وبرهن على الوفاء وبين التركة ثم برهن غريم اخر لا يحتاج الى اثبات التركة والوفاء بلا خلاف اه . لو ان رجلين لهما على رجل الف درهم وهما شريكان فيه والمديون يجحد فحضر احدهما واقام البينة على دينهما والشريك الاخر غايب ذكر في المنتقى ان على قول ابي حنيفـة رحمه الله تعالى يقضى للحاضر بخمساية واذا حضر الغايب كلف اعـادة البينة ولا يجعل الحاضر خصما عن الغايب في وجه من الوجوه - الا ان تكون الالف ميراثا بينهما من شخص واحد وان حضر الغايب ولم يقدر على اعادة البينة دخل مع شريكه في الخمساية التي قبضها

كذا في فتاوي قاضيخان . رجل ادعى على رجلين مالا في صك واقام البينة واحدهما حاضر والاخر غايب والحاضر يجحد ، يقضى على الحاضر بنصف المال على المختار - الا ان يكون كفيلاً عن الغايب بامره فانـه يقضى عليه بجميع المال كذا في خزانة المفتين : رجل يدعي ديناً على رجل وكل المدعى عليه رجلين فاقام المدعي شاهدا على احد الوكيلين وشاهداً على الاخر ، جاز ولو اقام شاهداً على الموكل وشاهداً على الوكيل او اقام شاهداً على المدعى عليه وشاهداً على وصيه او وارثه اوكان للميت وصيان فاقام على احدهمـا شاهداً وعلى الاخر شاهدا ، جاز - كذا في فتاوي قاضيخان هنـدية .

احضر ورثة وادعى على مورثهم دينا ولم يخلف الميت تركة يحلف الورثة ان انكروا الدين ، لان غرضه اثبات الدين لا الاستيفاء . وعن الفقيه ابي جعفر رحمه الله تعالى انه يسمع البينة قبل ظهور التركة ولا يحلف وبه اخذ الفقيه بزازية .

وفيها ادى مديون الميت الى وصي الميت يبرأ وان لم يكن له وصي فدفع الى بعض الورثة ، يبرأ عن حصته خاصة اه .

المادة ١٦٤٣ — ليس لاحد الشركاء في عين ملكوه بسبب غير الارث ان يكون في الدعوى خصما للمدعي في حصة الاخر مثلاً لو ادعى احد في حضور احد الشركاء الدار التي ملكوها بطريق الشراء بانها ملكه واثبت ما ادعاه وحكم بذلك يكون الحكم مقصوراً على حصة الشريك الحاضر فقط ولا يسري الى حصص الباقين .

والفرق بين هذا وبين احد الشركاء في العين الموروثة ، ان الدعوى قايمة في الثاني على الميت وكل من الورثة قايم مقامه حقيقة وحكما فينوب واحد منهم عن الباقين — وفي الاول قايمة على كل واحد من الشركاء فلا يقوم احدهم مقام الاخر قصدا بغير وكالة او ولاية او نحوها . ثم اذا كانت الشركة بغير الارث ، لا فرق في عدم كون احدهم خصما عن الاخر بين ان يكون مدعى عليه كما في المثال المذكور في هذه المادة وبين ما اذا كان مدعيا — كما اذا ادعى رجل على اخر اني وفلان الغايب اشترينا منك هذه الدار بالف درهم ونقدنا الثمن واقام البينة على ذلك فانه يقضى للحاضر بنصف الدار فاذا قدم الغايب كلف اعادة البينة كما في الهندية وجامع الفصولين — وكذا لا فرق بين ان يكون المشترك المدعى به عيناً

كالدار او دينا – كما لو ادعى ان له وللغايب عليه الفا وبرهن فانه يحكم له بنصف الالف فاذا قدم الغائب ، كلف لاعادة البينة وليس له اتباع الغريم قبل اعادتها وله اتباع القابض لاقراره بالشركة – وكذا لو ادعى انه باعه وفلانا عبدا بالف وبرهن ، يقضى على الحاضر بنصف الثمن لا على الغايب – الا ان يحضر الغايب ويعيد عليه البينة كما في البزازية والفصولين – ثم ان ما ذكر – من ان الحكم على احد الشركاء بغير الارث يقتصر على المحكوم عليه ولا يسري على حصص الباقين ، ليس هو من المسايل الاتفاقية بين ايتنا الثلاثة وقد اضطربت عبارات المشليخ في كيفية الخلاف بين الايمة

قال في جامع الفصولين رامزا لصاحب الاقضية في بعض هذه المسايل ان الحكم على قول ابي حنيفة يقتصر على الحاضر وذكر في بعضها انه يتعدى الى الغايب وتارة ذكر قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وتارة ذكر قوله : بخلاف قوله وكأن عن ابي حنيفة روايتين في الفصول كلها سواء كان احد الشركاء مدعيا او مدعى عليه وكذا عن ابي يوسف ومحمد روايتان واما الفرق فلا وجه له

اقول ويحتمل ان يكون اختلاف الروايات فيه بناء على اختلاف الروايات في جواز الحكم على الغايب والله اعلم اه – وكيفما كان فالمعول عليه ما اعتمدته المجلة من اقتصار الحكم على المحكوم عليه وعدم سريانه الى حصص الشركاء الباقين في الفصول كلها – كما يقتضيه اطلاقها وهذا اذا لم يكن الحاضر المدعى عليه كفيلاً عن الغايب والا فان الحكم يتعدى الى الغايب .

ففي جامع الفصولين باع منهما بالف على ان كل واحد منهما كفيل عن الاخر بامره فانه يحكم على الحاضر بالف نصفه اصالة ونصفه كفالة – فلو حضر الغايب قبل اخذ الالف لم يكن للبايع ان ياخذ من حضر الا خمسماية الاصلية ، اذ الحكم على كفيله حكم عليه والحكم على المكفول عنه ليس بحكم على الكفيل وفيه له عليه الف فكفل بامره فبرهن على الاصيل ان لي عليك كذا وفلان كفل به بامرك ، يقضى على الاصيل ولا يكون هذا قضاء على الكفيل فلو لقي الكفيل ، ليس له ان ياخذ منه شيئاً قبل ان يعيد البينة ولو برهن على الكفيل اولا بغيبة الاصيل

واثبت كفالته بامره ثبت المال عليه وعلى الغايب وينتصب الكفيل خصما عن الاصيل — اما الاصيل فلا ينتصب خصما عن الكفيل اه

قيد كون الكفالة بامر ، لان الحكم على الكفيل بلا امر لا يتعداه الى الاصيل قال في البزازية : قال الرازي رحمه الله تعالى يتعدى على الغايب اذا كانت الكفالة بامر لان ما يدعيه على الكفيل ، عين ما ثبت على المكفول عنه ، لثبوت حق الرجوع له بذلك فلو كانت الكفالة بغير امره لا يتعدى الى الغايب لان المدعى على الكفيل ليس سبباً لما يدعي على الاصيل — حتى لا يرجع عليه فلا يكون خصما عنه اه .

وفيها وفي المنتقى عن الثاني : ادعى ان له نصف هذه الدار ونصفها لفلان وبرهن فقال ذو اليد نصفها لي ونصفها لفلان يحكم له بالنصف والنصف الباقي بين ذي اليد وفلان انصافاً اه .

والظاهر ان المراد بفلان الثاني عين فلان المذكور في دعوى المدعي بان قال المدعي نصفها لي ونصفها لزيد وقال ذو اليد نصفها لي ونصفها لزيد المذكور . وهذا لما في جامع الفصولين عن المنتقى عن الثاني ايضا : قال ذو اليد هو لي ولفلان بغير ارث وقال المدعي هو لي وللغايب غير من سميته بغير ارث فبرهن المدعي ان نصفه له ، يقضى له بربعه اذ النصف الذي هو في يد الحاضر هو بين المدعي وبين من زعم انه شريكه نصفان — ولو قال المدعي نصفه لمن سميته ونصفه لي فبرهن يقضى له بالنصف اه . والفرق انه اذا صدق المدعي ان النصف لمن سماه ذو اليد يثبت ذلك النصف لمن سماه فتنحصر دعواه بالنصف المعين الذي يدعيه ذو اليد لنفسه فاذا برهن يقضى له به — بخلاف ما اذا قال النصف لفلان اخر — يرشد الى هذا ما نقله في جامع الفصولين بعد هذا برمز فتاوي رشيد الدين دار لهما : ادعى رجل نصفه على احدهما يكون مدعيا ربعه وهو نصف ما بيده اذ في يده النصف فلو كان مدعيا للنصف الذي بيده يكون مدعيا للنصف المعين وهو لم يدع النصف المعين اه — ولا شك انه لو كانا متفقين على ان النصف للغايب يكون مدعيا على الحاضر نصفه

المعين فاذا برهن يحكم له به .

وبما قررناه تعلم سقوط ما بحثه صاحب الفصولين حيث قال اقول على هذا اي على ما في فتاوي رشيد الدين فيما مر في الفرع الثاني من مسايل المنتقى — وهو ان يقول المدعي نصفه لمن سميته ونصفه لي الخ ينبغي ان يقضى بربعه لا بنصفه بعين هذا التعليل مع انه قال يقضى له بنصفه اه فتدبر . وفيه اي في جامع الفصولين لو استحق مال المضاربة — فيه ربح فالمضارب خصم بقدر حصته ولا يشترط حضرة رب المال في هذا القدر ولو لا ربح فالخصم رب المال لا المضارب اه .

اقول والظاهر ان احد شريكي العنان كالمضارب اذا كان في المضاربة ربح فهو خصم في حصته دون حصة الاخر واما احد شريكي المفاوضة ، فالظاهر ان احدهما يكون خصما عن الاخر والحكم عليه يسري الى الاخر ، لتضمنها كفالة كل واحد منهما للاخر بالاذن ولم اره صريحاً فتأمل وراجع .

وفي البزازية : ادعى صدقة او هبة او رهناً من رجلين واحدهما غايب والمدعى في يد الحاضر واهل الغايب وهم مقرون بنصيب الغايب وبرهن على مدعاه وعلى القبض فعلى قول الامام لا يقضى بشيء وعلى قول الثاني في الصدقة والهبة يحكم على الحاضر في حصة غير مقسوم فاذا حضر الغايب يحكم عليه ايضاً وفي الرهن لا يحكم قبل حضور الغايب فاذا قدم اعادها بحضرتها اه ولينظر في كيفية توجيه هذه المسايل

المادة ١٦٤٤ — تسمع دعوى واحد من العامة اذا صار مدنياً ويحكم على المدعى عليه في دعاوي المحال التي يعود نفعها الى العموم كالطريق العام .

المادة ١٦٤٥ — يكفي حضور البعض من الطرفين في دعوى الاشياء التي منافعها مشتركة بين اهالي قريتين كالنهر والمرعى اذا كانوا قوماً غير محصورين واما اذا كانوا قوما محصورين فلا يكفي حضور بعضهم بل يلزم حضور كلهم او وكلائهم .

المادة ١٦٤٦ — اهالي قرية الذين عددهم يزيد على المائة يعدون قوماً غير محصورين .

استفيد من مجموع هذه المواد الثلاث ، انه كما ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين فيما يدعي على الميت او له - كذلك احد العامة ينتصب خصما عن الباقين من العامة في المحال التي منفعتها عائدة الى العموم صرح بهذا في الدر من كتاب الوقف عند قول التنوير وبعض مستحقيه ينتصب خصما عن الكل وفي ٣٥ من الفصولين قال محمد رحمه الله تعالى — بنى حائطاً على الفراة واتخذ عليه رحى او بنى في طريق العامة فخاصمه احد ولو من اهل الذمة غير العبيد والصبيان يقضى عليه بهدمه اضر بالعامة اولا قال بعض المشايخ انما لم يقض بهدمه لو لم يضر لان الخصم متعنت حينئذ . وجه ما في الكتاب انه عسى يضرهم في الثاني وان لم يضر الآن بان تكثر الزحمة في الطريق فلا يجد الناس سبيلا الى التطرف قال الصفار انما يلتفت الى خصومته فيما ذكر ونحوه ، لو لم يكن للخصم مثل ما للمدعى عليه فلو له مثله لا يلتفت الى خصومته لتعنته اذ لو اراد دفع الضرر عن العامة بدأ بنفسه . وهذا لو بنى في طريق العامة لنفسه اما لو بنى للعامة — بان بنى في بعض الطريق مسجداً لا يهدم لو لم يضر وعن محمد لا بأس بان يجعل بعض الطريق مسجداً او بعض المسجد طريقاً اذ الحق في الكل للعامة اه .

وانت تعلم ان المادة ١٢١٣ من المجلة اختارت قول الامامين من ان من اراد احداث شيء على طريق العامة يمنع — لكن لا يهدم بعد الانشاء ما لم يكن فيه ضرر على العامة فتذكر واستفيد ايضاً ان ما كانت منفعة عايدة الى قوم غير محصورين يثبت فيه هذا الحكم وهو ان بعضهم ينتصب خصما عن الباقين في الدعوى فيه سواء كان مدعيا او مدعى عليه والحكم له او عليه يسري الى الباقين ، وان الشركاء في منافع المدعى به ان زادوا على المائة فهم غير محصورين فلا ينتصب احدهم خصما عن الباقين والحكم له او عليه يقتصر ولا يسري اليهم قال في رد المحتار معزيا للاتقاني في بحث كرى الانهار المملوكة المشتركة اشتراكا عاما او خاصا واختلف في تحديد العام والخاص واحسن ما قيل ان كان لدون المائة فالشركة خاصة والا فعامة اه مختصراً

وفي الهندية من كتاب الشرب من الرابع معزيا للمحيط بعد كلام قلت ارأيت هؤلاء الذين لا يحصون اذا ادعى بعضهم هذا النهر واقام البينة انه لقرى معلومة لا يحصى اهلها ايقضى بها لاهل تلك القرية بدعوى هذا واقامة البينة والمدعى عليهم لا يحصون وقد حضر بعضهم وفيهم الصغير والكبير — قال محمد رحمه الله تعالى اذا كان هذا على ما تصف ، فان هذا النهر بمنزلة طريق من طرق المسلمين نافذ فان اقام قوم البينة انه لهم دون غيرهم استحقوه وخرج من ان يكون نهراً لجماعة المسلمين وصار لاهل تلك القرى خاصة واكتفى القاضي بواحد من المدعين وبواحد من المدعى عليهم وان كان النهر خاصاً لقوم معروفين يحصون لم يقض عليهم بحضرة واحد منهم وقضى على من حضر منهم اه .

ومثله في فتاوي الانقروي معزيا للخانية ولا تنسَ ما قدمناه في شرح الفقرة الثامنة من المادة ١٦٤٢ — من ان الحكم على احد الورثة انما يسري على الباقين اذا كان بالبينة اما اذا كان بناء على اقرار المحكوم عليه او على نكوله فلا لان الاقرار حجة قاصرة لا تتعدى المقر — بخلاف البينة ولا شك ان الحكم على احد العامة او على احد القوم الغير محصورين

كذلك – ولا يخفى ان ما قدمناه عن الهندية والانقروية معزيا للمحيط والخانية صريح في ان الحكم لشخص على واحد من العامة او واحد من اهل قرية غير محصورين ، يسري على الباقين بلا اشكال اصلاً فلا حاجة معه الى التفقه فافهم .

# الباب الرابع

## في بيان التناقض

المادة ١٦٤٧ – التناقض يكون مانعاً لدعوى الملكية .

اي ملكية العين او المنفعة لما في الصغرى : طلب نكاح الامة يمنع دعوى تملكها وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها در بزيادة من رد المحتار وقدمنا في شرح المادة ١٦١٥ تحقيق معنى قولهم يشترط كون الكلامين المتناقضين او الكلام الثاني منهما ، عند القاضي بما لا مزيد عليه فارجع اليه .

وفي رد المحتار وهذا اي كون التناقض يمنع دعوى الملك – اذا كان الكلام الاول قد اثبت لشخص معين حقا – والا لم يمنع كقوله لا حق لي على احد من اهل سمرقند ثم ادعى على احد منهم شيئا فان دعواه تصح – كما في المؤيدية عن صدر الشريعة اه – وهذا لانه يشترط لصحة الابراء ان يكون لشخص معين او قبيلة معينة محصورة كما قدمناه في شرح المادة ١٥٦٧ وقدمنا في شرح المادة المذكورة نقلاً عن رسالة العلامة ابن عابدين في الابراء ، ان قول ذي اليد ليس هذا ملكي او ليس لي

اولا حق لي فيه – ان لم يكن له منازع حين هذا القول ، لم يصح اقراره وله الدعوى به اتفاقا لان اليد دليل الملك ونفي المالك ملكه عن نفسه من غير اثباته لغيره لا يجوز فلغا اتفاقا . وان كان له منازع ففيه خلاف فعلى رواية الجامع يكون اقراراً بالملك للمنازع بقرينة النزاع وعلى رواية الاصل ، لايكون اقراراً بالملك له لان المقر هو المالك بدليل اليد والملك لا ينتفي بالنفي . وهذا الثاني هو الراجح وان كان المقر ليس بذي يد ففيه خلاف قيل يصح اقراره – فلا تسمع دعواه بعده انه ملكه لان يد المدعي عليه قرينة المدعي بالملك له وقيل لا يصح فتسمع لجهالة المقر له فلا يكون تناقضا . والثاني هو المذكور في الخانية والخلاصة اه وتمامه هناك

## مثلا لو اراد احد ان يشتري مالا ثم ادعى بانه ملكه قبل الاستشراء لا تسمع دعواه

لان طلب شراء المال اقرار بانه ليس ملكه فيكون متناقضاً بادعائه الملك قبله . ومثل الاستشراء الاستئجار والاستعارة والاستيهاب والاستيداع والاسترهان وقبول الوديعة كما تقدم في المادة ١٥٨٣ .

وفي الانقروية عن القنية : اذا استمهل في قضاء الدين ثم ادعى الابراء لا تسمع اه – ولا فرق بين ان يكون الاستشراء ونحوه من المدعى عليه او من شخص آخر لان الاستشراء من غير المدعى عليه · وهذا اذا ادعاه بعد هذه الاشياء لنفسه كما هو منطوق هذه الفقرة اما لو ادعاه لغيره بوكالة او وصاية او ولاية فتسمع ، لان الاكثر على تصحيح رواية الزيادات من ان هذه الاشياء اقرار بنفي ملكه لا بالملك لذي اليد وهو الذي مشت عليه المجلة في المادة المذكورة ، لانه ظاهر الرواية وقدمنا الكلام على هذه المسئلة مستوفى في شرح المادة المذكورة فارجع اليه ان شئت وفي الهندية : اشترى ثوبا او ساومه او استوهبه ثم ادعى انه كان ملكه قبل الشراء او قبل المساومة او قبل الاستيهاب – او ادعى انه كان ملك ابيه يوم المساومة فمات وتركه

ميراثا له او وهبه له لا تسمع دعواه الا اذا صرح بملك ابيه عند المساومة بان اثبت انه قال عند المساومة ان هذا الثوب لابي ووكلك ببيعه فبعه مني فلم يتفق بينهما بيع ثم ادعى الارث عن ابيه يقبل لعدم التناقض — وكذا لو قال عند الدعوى كان لابيه وكله ببيعه فاشتريته ثم مات فترك ثمنه ميراثا لي يسمع ويقضى له بالثمن لانه ليس بمتناقض اه .

وفيها عن الخلاصة : ساوم بولد امة او ثمرة نخل او نخل في ارض في يد غيره — ثم اقام البينة ان الامة والنخلة او الارض له يقضى له بالامة او النخلة او الارض — دون الولد والثمرة والنخل : ولو ادعى الام مع الولد او النخلة مع الثمرة او الارض مع النخل لا تسمع دعوى النخلة والثمرة والولد اه .

## وكذا لو قال ليس لي حق عند فلان ابداً ثم ادعى عليه شيئاً لا تسمع دعواه

اي بشيء سابق على تاريخ البرائة سواء كان ديناً او عيناً — واما دعواه بشيء وجب بعد تاريخ البرائة فتسمع لعدم شمول البرائة له فلم يكن متناقضا كما تقدم التصريح به في المادة ١٥٦٣ وقدمنا في شرح تلك المادة عن الحامدية معزيا للذخيرة ، انه اذا لم يؤرخ سبب وجوب المدعى به ولا البرائة بل ابهم الدعوى ابهاما ، فالقياس ان تسمع دعواه ويحمل ذلك على حق واجب له بعد البرائة وفي الاستحسان لا تسمع اه .

وقدمنا ايضاً عن الخانية انه اذا لم يؤرخهما او ارخهما سواء او ارخ احدهما فقط ، ففي الوجوه الثلاثة يعمل بالبرائة لان البرائة تكون بعد الوجوب عادة اه .

ونقل في الحامدية عن الفصول العمادية ان الاصل ان الموجب والمسقط اذا تعارضا يجعل المسقط آخراً لان السقوط بعد الوجوب — سواء اتصل القضاء بالاول او لم يتصل اه

وكذا لو ادعى احد على اخر بقوله كنت اعطيتك كذا مقداراً من الدراهم على ان تعطيها الى فلان والحال انك ما اعطيتها له وتكونها في يدك اطلبها منك وانكر المدعى عليه ذلك فاقام المدعي البينة ، ثم رجع المدعى عليه واراد دفع الدعوى فقال نعم كنت اعطيت ذلك المبلغ وانا دفعته الى من امرت فلا يسمع دفعه .

قال في العاشر من الفصولين : انكر الوديعة فبرهن المدعي على ايداعه فادعى خصمه الهلاك او الرد – لو قال في انكاره ليس لك علي شيء يسمع هذا الدفع لامكان التوفيق . ولو قال لم تودعني اصلاً ، لا تسمع دعواه لعدم امكان التوفيق اه .

اقول قوله لامكان التوفيق فيه تسامح اذ لا تناقض اصلاً بين دعوى الرد او الهلاك وبين قوله ليس لك علي شيء فان من رد الوديعة او هلكت بيده ليس عليه شيء وسيأتي لهذا تحقيق في شرح الفقرة الثالثة من المادة ١٦٥٧

وكذلك لو ادعى احد الدكان الذي هو في يد غيره – بانه ملكه واجاب ذو اليد بقوله نعم كان ملكك – ولكنك بعتني اياه في التاريخ الفلاني وانكر المدعي ذلك بقوله لم يجر بيننا بيع ولا شراء قط فاقام المدعى عليه البينة واثبت ما ادعاه – ثم رجع المدعي فادعى بان قال اني كنت بعته لك في ذلك التاريخ لكن هذا البيع كان عقد بطريق الوفاء او بشرط مفسد هو كذا فلا يسمع دفع المدعي .

وفي البزازية : ادعى عليه البيع فانكر فبرهن على البيع فادعى المدعى

عليه فسخه ، يسمع ولا يكون متناقضا لان جحود ما عدا النكاح فسخ . ادعى عليه شراء عبده فانكر فبرهن عليه فادعى عليه انه رده عليه بالعيب يسمع ، لانه صار مكذبا في انكار البيع فارتفع التناقض بتكذيب الشرع كما يرتفع بتصديق الخصم . ادعى عليه مهر مورثته فقال الزوج كانت ابرأتني عنه فبرهن الوارث على اقراره بالمهر بعد موتها ، تقبل ويبطل الدفع . ولا خفاء ان الزوج لو دفع وقال علمت بابرائها بعد اقراري — ينبغي ان يقبل ، لما مر انها تستبد بالابراء وقد تقرر ان دفع الدفع وان توارد يقبل في المختار اه .

وفي الهندية عن العمادية : ادعى رجل على رجل انه باع منه هذه الجارية بالف درهم وقال ذو اليد لم ابعها منه قط فلما اقام المدعي البينة على الشراء وقضى له بذلك وجد بها اصبعاً زائدة واراد ان يردها على المقضي عليه فقال المقضي عليه انه بريء الي من كل عيب بها ؛ لا تقبل بينته اه .

وفيها عن فتاوي قاضيخان : ادعت امرأة على رجل نكاحا فقال الرجل لا نكاح بيني وبينك فلما اقامت المرأة البينة على النكاح ، اقام هو البينة على انها اختلعت منه تقبل بينته وان قال الرجل في انكاره لم يكن بيننا نكاح قط — او قال ما تزوجتها قط فلما اقامت المرأة البينة على النكاح اقام هو البينة على انها اختلعت منه قال رضي الله عنه — ينبغي ان تكون هذه المسئلة ومسئلة البيع سواء وثمة في ظاهر الرواية لا تقبل البينة على البراءة من العيب وكذلك الخلع عندنا لان الخلع طلاق . والطلاق يقتضي سابقة النكاح وكان هو في دعواه الطلاق متناقضاً فلا يسمع اه

اقول تامل هذا وما تقدم قبله عن العمادية مع ما نقلناه قبلها عن البزازية وتعليل البزازية بان التناقض يرتفع بتكذيب الشرع . ثم رأيت في العاشر من الفصولين بعد ان ذكر مسئلة العمادية المذكورة آنفاً عن الهندية ما ملخصه : اقول بل ينبغي ان تقبل بينته في هذه المسئلة عندنا وفاقاً — خلافا لزفر ، لانه صار مكذبا شرعاً ببينة المدعي فلحق انكاره بالعدم فصار

كما في الكفالة — من ان رجلاً لو برهن ان له على الغايب الفا وهذا كفيل عنه بامره الخ يرجع الكفيل على الغايب ، ولو انكر الكفالة اصلاً لانه صار مكذبا في انكاره فلحق بالعدم اه . ثم اجاب عن بحثه هذا ثم كر على الجواب بالرد قائلا فينبغي ان تصح الدعوى لعدم التناقض على اصل مر اه . وهو ان التناقض يرتفع بتكذيب الشرع فتأمل فان عدم صحة الدعوى في مسئلة العيب كما هو المذكور في المادة هو ظاهر الرواية كما في الفصولين وقدمناه .

واعلم ان مسايل التناقض كثيرة جداً قد ذكرت مفرقة في كثير من ابواب الفقه . وكثير منها مذكور في كتب الفتاوي كجامع الفصولين والخانية والهندية والبزازية والتاترخانية وغيرها فلتراجع عند الحاجة . والقول الجامع فيها ما في الهندية عن المحيط السرخسي · متى ثبت عند الحاكم تعارض القولين المتضادين المتناقضين من المدعي في الدعوى يمتنع استماع الدعوى اهـ .

وقد ذكر الشارح اللبناني منها جملة مطولة — لكن كثير مما ذكره ، مبنى على القول بان امكان التوفيق كاف في دفع التعارض مع ان الصحيح انه لا بد من التوفيق بالفعل وهو الذي يفيده ما في المادة ١٦٥٧ الآتية فليتنبه لذلك والله اعلم .

## المادة ١٦٤٨ — كما انه لا يصح لاحد ان يدعي المال الذي اقر بكونه لغيره بقوله هذا مالي كذلك لا يصح ان يدعيه بالوكالة او بالوصاية عن آخر

الا اذا وفق قال في رد المحتار كما اذا ادعى انه لفلان وكله بالخصومة ثم ادعى انه لفلان آخر وكلة بالخصومه لا تقبل — الا اذا وفق وقال كان لفلان الاول وقد وكلني بالخصومة ثم باعه من الثاني ووكلني ايضاً

والتدارك ممكن - بان غاب من المجلس وجاء بعد فوت مدة وبرهن على ذلك على ما نص عليه الحصيري في الجامع - فدل على ان الامكان لا يكفي نهر عن البزازيـة

واعلم ان هذا اذا اقر بالمال لغيره صريحا كما هو منطوق هذه المادة - اما لو نفى ملك نفسه فقط بان قال لا ملك لي في هـذا المال ونحو ذلك ثم ادعاه فقد تقدم الكلام عليه في شرح الفقرة الاولى من المادة السابقـة فراجعها .

**المادة ١٦٤٩ - ابرأ احد اخر من جميع الدعاوي فلا يصح له ان يدعي عليه بعد ذلك مالا لنفسه ولكن يصح له ان يدعي عليه لغيره بالوكالة او الوصاية**

افادت هذه المادة فرقا بين ان يقر الرجل بمال لغيره وبين ان يبرئه عنه حيث لا تسمع دعواه به لغيره بوكالة او وصاية في الاول، لتناقضه لان المال الواحد لا يكون لشخصين في حالة واحدة - وتسمع في الثاني لعدم التناقض ، لان ابرأ الرجل عن جميع الدعاوي المتعلقة بماله لا يقتضي بعدم صحة دعوى مال لغيره على ذلك الرجل افاده في الدرر . اقول وكذا ابراؤه عن دعوى عين في يده ، لا يقتضي عدم صحة دعوى ذلك المال لغيره كما هو ظاهر . وهذا نظير ما قالوا انه اذا اقر ان لا ملك له في عين هي في يد غيره ثم ادعاها لغيره بوكالة او وصاية فتسمع لان اقراره ان لا ملك له فيه ، لا ينافي انه لغيره . وقيدنا كون العين في يد غيره لانه لو اقر بان لا ملك له في عين هي في يده وليس هناك منازع له فيها تسمع دعواه لنفسه ولغيره اتفاقا لعدم صحة اقراره حينئذ لجهالة المقر له وفي عدم صحة دعواه لغيره اذا كان ثمة منازع خلاف قدمناه في شرح الفقرة الاولى من المادة ١٦٤٧

المادة ١٦٥٠ — اذا ادعى احد مالا لآخر فلا يصح له بعد ذلك ان يدعي به لنفسه ولكن يصح له ان يدعيه لآخر بعد ما ادعاه لنفسه لان الوكيل بالدعوى قد يضيف الملك الى نفسه ولكن عند الخصومة لا يضيف احد ملكه لغيره .

عبارة الفصولين ادعاه لنفسه ثم لغيره بوكالة ، تسمع اذ لا منافاة بين الدعويين اذ وكيل الخصومة قد يضيف الملك الى نفسه — على معنى ان له حق المطالبة — ولو ادعاه لغيره بوكالة ثم لنفسه ، لا تسمع لان ما هو ملكه لا يضيفه الى غيره عند الخصومة فتمكنت المنافاة — وكذا لو برهن انه لفلان آخر وكله بخصومة فيه لا تسمع ، اذ وكيل الخصومة من جهة زيد لا يضيفه الى غيره فيتمكن التناقض بين الدعويين على وجه لا يمكن التوفيق . والدين في هذا الحكم كالعين — كما لو ادعى الفا في صك جاء به باسمه ثم برهن ان ذلك المال بعينه لفلان وهو وكلني بخصومته ، تقبل لما مر ان الوكيل قد يضيف الملك الى نفسه اه .

وذكر في التنوير وشرحه الدر ما ملخصه — لو ادعى ان الدار وقف عليه ثم ادعاها لنفسه او ادعاها لغيره ثم ادعاها لنفسه ، لم تقبل للتناقض ولو ادعى الملك لنفسه ثم ادعى الوقف عليه تقبل كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره اه قال العلامة الطحطاوي : قوله ثم ادعى الوقف عليه كذا في المنح والذي في البحر والحموي ، عدم التقييد بقوله عليه . وعليه فالتوفيق ممكن ان تكون ملكاً لنفسه ثم وقفها — واما على التقييد به فلا يظهر توفيق لانه تناقض ظاهر لا توفيق فيه ويمكن جريانه على مذهب الثاني القائل بصحة وقفه على نفسه اه .

اقول وهو كلام غير محرر لان التقييد بعليه موجود في اكثر المعتبرات كالفصولين والبزازية والهندية وكذا في الدرر والبحر من فصل في الاستحقاق .

والعلة في سماع دعوى الوقف بعد ان ادعاها لنفسه انه تصح اضافة العين المدعى وقفها الى نفسه باعتبار الاخصية انتفاعاً - فلا تناقض صرح به في البزازية وعلل في الفصولين من التاسع والثلاثين صحة دعواه لغيره بعد ادعائها لنفسه ، بان هذا رجوع عن اضافة ملك الغير لنفسه فيقبل منه فيقال مثله في دعوى الوقف بعد ادعائه ملكية لنفسه ثم ان المراد من دعوى وقفيتها بعد ادعائها لنفسه ، ان يدعي انها وقف فلان عليه فان عبارة الفصولين في العاشر هكذا : ادعى داراً لنفسه ثم ادعى انه لفلان وقفه عليه تسمع الخ لا انها وقف نفسه على نفسه ، لان الاول محل توهم التناقض فاحتيج الى التنصيص على دفعه - بخلاف الثاني فانه اذا ادعى انها ملكه ثم زاد عليه انه وقفها على نفسه لا يتوهم فيه التناقض اصلاً - لا سيما على القول بعدم صحة الوقف على نفسه فتدبر

هذا وفي الثالث عشر من الفصولين ادعى انها ملكي ورثتها من ابي ثم ادعى ان ابي وقفها علي لا تسمع للتناقض - وكذا لو ادعى الوقف اولا ثم ادعى ارثه لا تقبل - الا اذا وفق وقال وقف ابي لكن لم يلزم عند ابي حنيفة فمات ابي فحينئذ تقبل اه - اقول والوجه في الصورة الاولى ان قوله ورثتها من ابي يمنع احتمال انه اضاف الملك لنفسه باعتبار الاخصية انتفاعاً تأمل .

المادة ١٦٥١ - كما ان الحق الواحد لا يستوفى من كل واحد من الشخصين على حدة بتمامه كذلك لا يدعي الحق الواحد من جهة واحدة على رجلين

اصل المسئلة من البزازية والقنية كما في الدرر والمنح والانقروية والتكملة وغيرها وعبارتها : ادعى على زيد انه دفع له مالا ليدفعه الى غريه فانكر وحلفه - ثم ادعاها على خالد وزعم ان دعواه على زيد

كان ظناً لا يقبل لان الحق الواحد كما لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد اه .

وذكر العلامة الرملي في حاشيته على الفصولين من الفصل العاشر ، انه لا منافاة بين هذا وبين ما في الفصولين والعمادية حيث قالا : ادعى انه اخذ منه مالا كذا وكذا ووصفه بما يعرف به فبرهن خصمه ان المدعي اقر ان هذا المال المفسر اخذه من فلان الاخر ، لا تندفع اذ لا منافاة بينهما ، لجواز ان فلانا اخذه ثم رده عليه ثم اخذه المدعى عليه . ادعى قدراً من البر انه اخذه من زرعي الذي كان لي في ارض كذا ولم يثبت دعواه حتى ادعى هذا البر على هذا الوجه على آخر ، ينبغي ان تسمع اذ لا منافاة لجواز انه اخذ البر من زرعه ، فلان ثم اخذه منه فلان آخر اه - لان فرع البزازية والقنية فيه ما يمنع التوفيق لانه صدره بقوله ادعى على زيد انه دفع مالا الخ وقال فيه ان المدعي زعم ان دعواه على زيد كان ظناً - بخلاف فرع العمادي فانه ليس فيه ما يمنع التوفيق اه ملخصاً هذا ما كتبناه في الفروع المذكورة في شرح الفقرة الاخيرة من المادة ١٦٣١ .

واستدركنا هناك على كلام الرملي المذكور بان المسئلة مذكورة في الدرر وليس فيها دعوى الدفع ولا زعم ان دعواه على الاول كان ظناً وعبارته في فصل الاستشراء قبيل كتاب الاقرار متناً وشرحاً ادعى زيد مالا ولم يثبت فادعاه على اخر لم تسمع كذا في القنية اه قلنا ولعل صاحب الدرر اختصر عبارة القنية اختصاراً اخل بالمراد منها فان ما نقلته معتبرات المذهب عن القنية هو ما مر فتأمل

ثم ظهر الآن فرق اخر بين فرع البزازية والقنية والدرر وبين فرع الفصولين والعمادية وهو ان عجز المدعي وتحليف المدعى عليه الاول في الفرع الاول ، يمنع من التوفيق بان فلانا رده عليه ثم اخذه منه المدعى عليه بخلاف الفرع الثاني فانه ليس فيه ما يمنع . وبهذا يتضح وجه عبارة الدرر وفي الخانية اواخر الباب قريبا من فصل في الدعوى تخالف الشهادة

نصه

١٠ نصه : رجل ادعى على رجل انه اخذ منه الفا ووصف الالف فاقام المدعى عليه البينة ان المدعي اقر ان هذا المال المفسر المسمى اخذه منه فلان آخر وانكر المدعي الاول اقراره قال محمد رحمه الله تعالى لا تبطل بهذه دعوى المدعي الاول ولا تبطل بينته ، لان الوقت غير مذكور في الشهادتين فيجعل كان فلانا اخذ اولا ثم ردها على المدعي ثم اخذها منه المدعى عليه . ولو ادعى المدعي اولا ان هذا اخذ منه الفا واقام البينة . ثم ان المدعى عليه اقام البينة ان هذا المدعي اقر ان فلان ابن فلان وكيل المدعى عليه اخذ منه هذا المال ، كان ذلك ابطالا لدعوى المدعي الاول وتكذيبا لبينته ، لانه لما اقر بقبض الوكيل ثم ادعى الاخذ على الموكل كان هذا الاخذ الذي يدعي ، عين الاخذ الذي ادعاه على وكيله ، لان اخذ الوكيل يضاف الى الموكل فيجعل كذلك كيلا يلزمنا اثبات اخذ آخر مع امكان حمل الثاني على الاول فيكون دعواه الاخذ على الوكيل ابراء المدعى عليه عن دعوى الاخذ بطريق الاصالة . اما في المسئلة الاولى اذا لم يكن احدهما وكيلًا من الاخر في الاخذ كان الثابت بكل شهادة اخذ اخر وعند القضاء بالاخذين كان له ان يطالب المدعى عليه اه ثم اعاد المسئلة بعينها في باب ما يبطل دعوى المدعي تاركا تعليل المسئلة الثانية المذكور .

بقي ما لو ادعى اولا ان فلانا وكيل هذا اخذ منه الفا ثم دفع المدعى عليه ان هذا المدعي اقر ان المدعى عليه اخذ هذا المال ، لا يكون ذلك ابطالا لدعوى المدعي ولا تكذيبا لبينته لان اخذ الوكيل يضاف الى الموكل دون العكس

قال في التاسع والثلاثين من الفصولين ادعى عليه مالا فقال مرادادوني نسيت يعني ليس لك علي شيء لاني دفعت الى وكيلك فلم يقدر على اثباته فقال دفعت اليك لا يقبل قوله بلا توفيق ولو وفق وقال دفعت الى وكيلك يقبل . ولو قال دفعت اليك ثم قال دفعت الى وكيلك قبل قوله ولم يكن متناقضا وان لم يوفق هذا

وذكر الخير الرملي في حاشية الفصولين في الفصل العاشر ايضاً قبل ما تقدم بنحو كراس عند قول الفصولين برمز ( ذ ) ادعى مالاً بشركة في يده ثم ادعى ذلك المال ديناً عليه تسمع لا في عكسه لان مال الشركة قد يصير ديناً بجحوده والدين لا يصير شركة اه . ونصه ما في البزازية : ادعى على زيد انه دفع له مالاً ليدفعه الى غريمه الخ عبارته المارة ثم قال : وفي القاعدي غاب له ثوب من المقصرة فادعاه على احد تلاميذ القصار ثم ادعاه على آخر ، تسمع ولا تناقض بينهما ، لما ذكرنا ان الحال متى كان مما يشتبه يعفى كما حكيناه عن محمد رحمه الله تعالى في مسئلة الجارية المنتقبة والمنديل اه .

قلت ونقل هذه المسئلة في الانقروية ، وكذا في واقعات المفتين لقدري افندي بما لفظه : اودع شيئاً في دكان رجل وله تلامذة فغاب المتاع فاخذ احدهم وحلّفه ثم اتهم تلميذاً آخر هل له ان يخاصمه ويحلفه اذا اقر اولاً ان الاول هو الخائن ام لا اجاب : نعم لانه صار مكذباً في حق الاول اه . - اي والتناقض في محل الخفاء عفو على التعليل الاول ويرتفع بتكذيب الشرع على التعليل الثاني .

اقول وهذا التعليل الثاني ربما يعارض ما تقدم عن البزازية والقنية فانه يقتضي ان دعوى المدعي على خالد تسمع حيث صار بعد عجزه عن البينة وتحليفه المدعى عليه الاول ، مكذبا في دعواه عليه فتأمل . ثم ينبغي ان فرع الفصولين والعمادية مبني على القول بان امكان التوفيق كاف في دفع التعارض وهو القياس وسيأتي ان الاستحسان انه لا بد من التوفيق بالفعل ، تأمل .

وفي الانقروي معزياً للقنية والقاعدي : ادعى اني دفعت الى فلان دراهم وقبضتها انت منه ثم ادعى انك قبضتها مني لا يصير مناقضاً لان يد المودع يد المودع اه . اقول ينبغي قياسا على ما نقلنا آنفاً عن الخانية والفصولين في التاسع والثلاثين ، انه لو ادعى اولا انك قبضتها مني ثم ادعى اني دفعت الى فلان الخ ان يصير مناقضاً لان يد المودع ( بالكسر )

ليست بد المودع تأمل . والتمس النقل . ادعى نصف دار . ثم ادعى كله قبل لا يسمع وعلى العكس يقبل والصواب انه يقبل في الوجهين جميعاً كذا في الانقروي عن العاشر من الفصولين وذكر في الهامش ان فيه اختلاف المشايخ فيحتاط عند الفتوى وفي نوع الدفع من دعوى البزازية : والفتوى على انه اذا لم ينف الملك في الزايد تسمع دعوى الزائد وان نفاه لا اه ملخصاً . وفي السادس عشر من دعوى البزازية قبيل كتاب الاقرار : ادعى على رجل انه كان باع منه عبداً واستحق منه واراد الرجوع عليه ثم ادعى هذه الدعوى على غيره وقال كانت الدعوى الاولى غلطاً لا يصح للتناقض الا ان يوفق ويقول كان الاول باعه مني فانكر فباعه من الثاني فاشتريته منه فحينئذٍ يسمع اه .

اقول ينبغي ان يكون قوله و كانت الدعوى الاولى غلطاً مانعاً من هذا التوفيق فالظاهر ان المراد انه لم يقل هذا ثم يوفق . فتأمل وراجع .

المادة ١٦٥٢ — يتحقق التناقض في كلام الشخصين اللذين هما في حكم المتكلم الواحد كالوكيل والموكل والوارث والمورث كما يوجد في دعوى المتكلم الواحد فاذا اقام الوكيل دعوى منافية للدعوى التي سبقت من الموكل في خصوص واحدٍ لا تصح .

وكذا اذا اقام الوارث دعوى في شي‌ء لا تسمع فيه دعوى مورثه ، لا تصح فاندرج تحت هذه المادة ثلاث مسايل الاولى ادعى عليه بكذا فدفعه المدعى عليه بان وكيلك في الخصومة بهذا اقر في مجلس الحكم ان لا حق لك فيه واستامه مني او استأجره او استعاره او استوهبه ، يسمع هذا الدفع وتبطل دعوى المدعي قال في البزازية من الدعوى في نوع من المساومة : ولو برهن على مساومة وكيل المدعي في مجلس القضاء

خرج الوكيل وموكله من الخصومة وان في غير مجلسه ، خرج الوكيل فقط وان برهن الموكل على ان توكيله غير جائز فبرهن المدعى عليه على اقرار الوكيل فالموكل على دعواه وخرج الوكيل عن الخصومة اه .

الثانية عكسها بان ادعى الوكيل عليه بكذا لموكله فدفعه المدعى عليه بان موكلك اقر به لي او استامه مني الخ ، يسمع ايضاً وتندفع دعوى الوكيل وهذه وان لم ارها الآن صريحة - لكن عدم ذكرها لشدة ظهورها لانه اذا اندفع دعوى الموكل باقرار وكيله او استيامه مع انه اقرار على الغير فاندفاع دعوى الوكيل باقرار الموكل او استيامه اولى

الثالثة ادعى على آخر بكذا ارثاً عن ابيه فدفعه المدعى عليه بان مورثه اقر له به او استامه الخ ، تندفع دعوى الوارث قال في البزازية : برهن على ان هذا ارث له عن ابيه فبرهن المطلوب على اقرار ابيه حال حياته انه لا حق له فيه او برهن على اقرار المدعي حال حياة ابيه او بعد مماته انه لم يكن لابيه ، بطل دعوى المدعي و برهانه اه . ومثله في الفصولين وغيره . وفي حاشية ابي السعود عن فتاوي الشيخ الشلبي انه حكى الاجماع ان دعوى الوارث لا تسمع في شيء ، لا تسمع فيه دعوى مورثه ان لو كان حيا - كما اذا اقر مورثه بقبض ما يخصه من التركة وابرأ ابراء عاماً لا تسمع دعوى الوارث بعده . واذا عرفت هـذا في الابراء فكذا في غيره من الموانع اه . قلت وهو معنى قولهم جميعاً ان ما منع منه المورث منع منه الوارث واما عكس هذه وهي منع دعوى المورث باقرار وارثه ونحوه فغير ممكنة الوقوع كما لا يخفى

**المادة ١٦٥٣ - يرتفع التناقض بتصديق الخصم مثلاً لو ادعى احد على آخر الفاً من جهة القرض ثم ادعى ان المبلغ المذكور من جهة الكفالة فصدقه المدعى عليه**

يرتفع التناقض .

والمراد ان يصدقه الخصم في كلامه الثاني الذي به حصل التناقض لو بكلامه الاول وقد رجع المدعى اليه .

واما تفسير العلامة الطحطاوي في شتى القضاء التصديق بان يصدقه في كلاميه المتناقضين ، ففيه نظر لا يخفى . ثم لا فرق بين ان يكون التصديق حصل بحضرة القاضي او بغير حضرته ثم ثبت لديه بالبينة ، لما في الانقروي عن القنية باع بعشرة وكتب في الصك واشهد على نفسه بقبض الثمن ثم ادعى على المشتري انه اقر انه بقي عليه نصف الثمن واقام بينته تسمع قال استاذنا وان كان ما ذكره شيخ الاسلام يصح وجها له — لكن الوجه الصحيح انه وان كان متناقضاً الا انه لما ادعى اقرار المشتري بذلك فقد ادعى تصديق الخصم فيه واثبته بالبينة والثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاين اقراره ببقاء شيء من الثمن تسمع دعوى البايع ولا يكون التناقض مانعاً اه .

المادة ١٦٥٤ — ويرتفع التناقض بتكذيب حكم الحاكم مثلاً ادعى احد المال الذي هو في يد غيره انه مالي وانكر ذلك المدعى عليه بقوله ان هذا المال كان لفلان وانا اشتريته منه واقام المدعي بينة على دعواه وحكم بذلك يرجع المحكوم عليه بثمن المال على البايع لان التناقض الذي وقع بين اقراره بكون المال للبايع وبين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب حكم الحاكم اقراره

لكن في هذه الصورة لو وصل المستحق الى المشتري يوماً من الدهر ،

يؤمر بتسليمه الى البايع – بخلاف ما اذا لم يقر به للبايع صريحاً .

قال في السادس عشر من الفصولين : شراه فاستحق ثم وصل اليه يوماً من الدهر لا يؤمر بتسليمه الى البايع، لانه وان جعل مقراً بالملك للبايع – لكنه بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار . ولو اقر نصاً انه للبايع والباقي بحاله ، يؤمر بتسليمه الى البايع لان اقراره لم يبطل اه. وانظر ما كتبناه في شرح المادة ١٥٨٧ .

وفيه رامزاً للذخيرة : استحق فطلب ثمنه من بائعه فقال ان المبيع لي وشهدوا بزور فقال المشتري انا اشهد انه لك وانهما شهدا بزور فللمشتري ان يرجع بثمنه على بايعه مع هذا الاقرار اذ المبيع لم يسلم له فلا يحل ثمنه للبايع اه – لكن قال محشيه الرملي : اقول قال الزاهدي في كتاب القسمة من حاويه رامزاً لنجم الايمة الحكمي : استحق بعض نصيب احد الورثة بعينه بعد القسمة ببينة وقضاء فقال اخذه المدعي ظلما بغير حق ليس له ان يرجع على بقية الورثة بشيء – وكذا المشتري اذا استحق عليه المبيع ببينة اذا قال ذلك ، لا يرجع على بايعه بالثمن اه . وهو مخالف لما هنا فتأمل اه .

اقول قد تقرر ان ما في القنية لا يلتفت اليه اذا كان مخالفاً لغيره والظاهر ان هذا الخلاف لو قال ذلك بعد الحكم اما لو قاله قبله فقد ارتفع بتكذيب الحاكم كما تقدم . ومن المسايل المفرعة على كون التناقض يرتفع بتكذيب الحاكم ما في البحر وغيره : ادعى على آخر انه كفل عن مديونه بالف فانكر الكفالة وبرهن الداين انه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم واخذ المكفول له منه المال – ثم ان الكفيل ادعى على المديون انه كفل عنه بامره وبرهن على ذلك ، يقبل عندنا ويرجع على المديون بما كفل ، لانه صار مكذبا شرعا بالقضاء اه .

اقول ذكر في الانقروية عن شرح المجمع ما نصه : ادعى على رجل انه كفل له عن فلان بامره بكذا فانكر فبرهن فادى ما كفل بالزام القاضي حكمنا له بالرجوع اي على الاصيل لانه صار مكذبا بقضاء

القاضي فصار جحوده كعدمه اه . فالظاهر من هذا ان المحكوم عليه بالكفالة انما يحتاج لاقامة الدعوى على الاصيل واثبات كون الكفالة بالامر ، اذا لم تكن الكفالة المحكوم بها عليه ، كفالة بالامر والا فان رجوعه على الاصيل ، محكوم به فلا حاجة الى الدعوى واقامة البرهان على الامر بها . وفي جامع الفصولين ما يؤيد ما قلنا فتدبر وقد قدمنا هذا في شرح الفقرة الثالثة من شرح المادة ١٦٣٦ ومنها ما في الفصل ١٦ من الفصولين برمز فتاوي رشيد الدين : استحق فاراد ان يرجع على بايعه فقال بايعه انه نتج في ملكي وعجز عن اثباته حتى اخذ منه الثمن فاراد ان يرجع على بايعه فانكر بايعه البيع فبرهن مدعي النتاج انه باعه مني له ان يرجع ، لانه لما حكم عليه واخذ منه الثمن التحق دعواه النتاج بالعدم اه . اقول تامل في هذا التعليل فان دعوى النتاج انما وقعت بعد الحكم فكيف يقال انها التحقت بالعدم لتكذيب الحاكم اياها ثم ان ما ذكر من الحكم موافقا لما قدمناه آنفا عن الفصولين برمز الذخيرة فالاظهر تعليل ما هنا بالعلة المذكورة هناك . والظاهر ان مخالفة الزاهدي تبعا لنجم الائمة الحكمي جارية هنا فتأمل .

ومنها ما في حاشية الرملي على الفصولين من الفصل العاشر : ادعى عليه دينا فادعى انه احاله به على فلان الغايب فانكر الحوالة فاقام عليه البينة يرجع مدعي الدين المنكر لها على فلان لانه صار مكذبا شرعا وقد لحق انكاره بالعدم اه . ومنها ما في رد المحتار من الاستحقاق لو زعم البايع انه ليس له الرجوع لانكاره البيع كان له الرجوع على بايعه لانه لما حكم عليه ببينة التحق زعمه بالعدم اه .

ومنها ما في البزازية وغيرها ادعى عليه شراء عبده فانكر فبرهن عليه فادعى عليه انه رده عليه بالعيب او انهما تفاسخاه او تقايلاه تسمع لانه صار مكذبا شرعا في انكار البيع فارتفع التناقض بتكذيب الشرع كما يرتفع بتصديق الخصم . واستشكل هذا في الفصولين بما في الكنز والتنوير وغيرهما من المتون قال في العمادية والخانية وهو ظاهر الرواية

عن الكل الا في رواية الخصاف عن ابي يوسف : ادعى على آخر انه باعه امته فقال لم ابعها منك قط فبرهن المدعي على الشراء فوجد بها عيبا واراد ردها فبرهن البايع انه برىء اليه من كل عيب ، لم تقبل بينته ، للتناقض . قالوا لان اشتراط البراءة تغيير للعقد ، من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضي وجود العقد وقد انكره فكان متناقضاً ، وبما في الذخيرة وغيرها : ادعى ثمن قن فانكر خصمه الشراء فبرهن عليه المدعي فبرهن خصمه على ايفاء الثمن او الابراء منه ، لا يسمع للتناقض . قال في الفصل العاشر منه : ينبغي ان تقبل البينة في المسئلتين عندنا وفاقاً - خلافاً لزفر لانه صار مكذبا شرعا ببينة المدعي فلحق انكاره بالعدم فصار كما في الكفالة - من ان رجلاً لو برهن ان له على الغايب الفا وهذا كفيله بامره الخ ، يرجع الكفيل على الغايب ، ولو انكر الكفالة اصلاً لانه صار مكذبا شرعا في انكاره فلحق بالعدم اه .

وقال في الفصل السادس عشر بعد ما ذكر ان للبايع الرجوع على بايعه ، وان زعم انه ليس له الرجوع لانكاره البيع ، لانه لما حكم عليه ببينة التحق زعمه بالعدم ما نصه : اقول على هذا لو ادعى عليه مالا فقال ليس او ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك فبرهن وهو برهن على القضاء او الابراء ، ينبغي ان تقبل بينة المدعى عليه - وكذا لو انكر البيع فبرهن عليه المشتري فوجد عيبا فبرهن البايع انه برىء من كل عيب ينبغي ان تقبل بينة البايع لما مر ان الحكم عليه بالبينة يلحق زعمه بالعدم - الا انهم صرحوا بانها لا تقبل

والحاصل انه ينبغي ان يتحد الحكم نفيا او اثباتا اه وقد اجاب عنه في البحر بما نظر فيه العلامة الرملي والطحطاوي واقره العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر واوضح فيه وجه النظر ثم قال ما نصه : واقول الجواب النافع انشاء الله ما يستفاد من كتاب نور العين في غير هذا المحل وفي غير هذه المسئلة وهو ان الكفيل لما التحق زعمه بالعدم وثبت خلافه وهو كونه كفيلًا لم يسع في اعادة زعمه ولم يرد نقض البينة - بل رضي بموجبها حتى جعله مبنى لدعواه الرجوع على

الاصيل واما البايع في مسئلتنا فقد سعى في اعادة مآل زعمه وهو برائة ذمته بعد التحاقه بالعدم ، بثبوت خلافه واراد نقض ما اثبتته البينة وهو عدم برائة ذمته فهذا فرق واضح حق وكذا يقال في دعوى الاقالة لانها فسخ للعقد الذي اثبته الخصم بالبينة ففيه تقرير لموجبها ومثله يقال في مسئلة البزازية الاخيرة فاحفظه فانه ينفعك في كثير من امثال هذه المسايل اه‍.

اقول فيه انه يمكن ان يقال ان البايع في مسئلة المتون ايضا قد كان زعم بانكاره البيع ، عدم وجوب تسليم المبيع ثم لما التحق زعمه بالعدم اثبات البيع لم يسع في اعادة زعمه المذكور ولم يرد نقض البينة بل رضي بموجبها حتى جعله مبني دعواه البرائة عن العيب فكانت كمسئلة الكفالة وكذا يقال في دعوى الاقالة والفسخ ورد المبيع بالعيب ان مآل زعم البايع بانكاره البيع عدم وجوب تسليم المبيع عليه للمشتري ويريد بعد اثباته والحكم عليه نقض ما اثبتته البينة من وجوب التسليم عليه فهو ساع في اثبات مال زعمه وهو عدم وجوب التسليم – فكان ينبغي ان لا تقبل دعوى الاقالة والفسخ والرد بالعيب – كما لا تسمع دعوى البرائة من العيب في مسئلة المتون فاي وضوح لهذا الفرق

والحاصل ان الجواب النافع عن هذا البحث صعب جداً فغاية ما يقال فيه ان مسئلة المتون وكذا وهو عدم سماع دعوى البرائة من العيب بعد الحكم على منكر البيع بالبينة مسئلة الذخيرة وهي من مسايل المتون ايضا وهي عدم سماع دعوى الايفاء او الابراء من منكر الشراء بعد الحكم عليه ببينة مدعي البيع قد نص عليها اصحاب المذهب في ظاهر الرواية على خلاف هذا الاصل فلعله استحسان على خلاف القياس هم اعلم بوجهه وكذا يقال في كل مسئلة نصوا عليها على خلاف هذا الاصل فتدبر والله سبحانه اعلم

## ﴿ تنبيه ﴾

قولهم التناقض يرتفع بتكذيب الحاكم وكذا تقييد المسئلة في هذه المادة تبعا لعامة الكتب بقوله وحكم بذلك . صريح في ان التناقض لا

يرتفع بمجرد اقامة البرهان وعليه فلو اقـام مدعي الشراء البرهان على شرائـه في مسئلة البزازية ثم قبل ان يحكم الحاكم بذلك البرهان ادعى منكر البيع ، رد المبيع بالعيب او فسخه او اقـالته ، لا تسمع دعواه للتناقض لان البينة التي قامت على البيع لم يتصل بها القضاء فكان التناقض باقيـا فتأمل .

المادة ١٦٥٥ — يعفي التناقض اذا ظهرت معذرة المدعي وكانت محل خفاء ، مثلاً اذا ادعى المستأجر على المؤجر بعد استئجار الدار بانها هي ملكه وكان ابوه قد اشتراها له في صغره ولم يكن له خبر بذلك عند الاستئجار وابرز سنداً يحوي هذا المنوال تصير دعواه مسموعة . كذلك لو استأجر احد داراً ثم حصـل له علم بان تلك الدار منتقلة اليه من ابيه ارثاً وادعى بذلك تسمع دعـواه .

التقييد بقوله وابرز سنداً الخ ، اتفاقي فان اثبات مـا يدعيه بالبينة الشرعية كاف وعبارة الكنز كغيره : والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق اه . قال في البحر لان مبناها اي هذه الثلاثة عـلى الخفاء فيعذر في التناقض ، لان النسب يبتنى على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بها الزوج والمولى اه . وفيه — وامـا التناقض المعفو في النسب فصورته لو باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البايع الاول انه ابنه ، تسمع دعواه ويبطل الشراء الاول والثـاني لان النسب ينبني على العلوق فيخفي فيعذر في التناقض هكذا صوره العيني . وظاهره ان النسب في كلام المص خاص بالاصول والفروع واما تناقض ما عداهم فانه يمنع ، لما قدمناه من انه اذا انكر اخوته عند طلب الانفاق عليـه

فمات فادعى بعده انه اخوه طالباً ميراثه ، لم تسمع ولو قال هـذا الولد ليس مني ثم تلاعنا ثم قال مني يصدق لخفاء العلوق – بخلاف ما لو قال هذه الدار ليست لي ثم ادعاها كما مر . وفي جامع الفصولين قـال لست وارثا ثم ادعى انه وارثه وبين الجهـة تسمع ، لان التناقض في النسب مغتفر عنه اه وعلى هذا افتيت فيمن اقر انه ليس ابن فلان ثم ادعى انه ابنه انها تسمع اه

اقول اطلاق عبارة الفصولين تقتضي انه لو بيّن جهة الارث بسبب الاخوة تسمع ، فتأمله مع قول البحر آنفاً ان التناقض فيما عـداهم اي الاصول والفروع يمنع الا ان يقال ان اطلاق الفصولين يحمل على ما اذا بيّنها بسبب الابوة والبنوة تأمل وفيه : واما الطلاق فصوره العيني بما اذا اختلعت من زوجها ثم اقامت بينة انه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع فانه تقبل بينتها ولها ان تسترد بدل الخلع ، وان كانت متناقضة ، لاستقلال الزوج بايقاع الثلاث عليها من غير ان يكون لها علم بذلك وفي البزازية : ادعت الطلاق فانكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث اه . ثم قـال وليس المراد حصر ما يعفى فيه التناقض بهذه الثلاثة – بل المراد ان ما كان مبنيا على الخفاء فانه يعفى فيه التناقض فمن ذلك ما في الظهيرية : اشترى داراً لابنه الصغير من نفسه واشهد على ذلك شهوداً فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الاب ثم ان الاب باع الدار من رجل وسلمها اليه ثم ان الابن استأجر الدار من المشتري ثم علم بما صنع الاب فادعى الدار على المشتري وقال ان ابي اشترى هذه الدار لي من نفسه في صغري وهي ملكي واقام على ذلك بينة فقال المدعى عليه في دفع الدعوى انك متناقض لان استئجارك مني اعتراف منك ان الدار ليست لك قـال : الصحيح ان هذا لا يصلح دفعاً وان كان متناقضاً لان هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى ، لما فيه من الخفاء فان الاب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه ، والابن لا علم له بذلك اه . وفي البزازية معزياً الى الصغرى : اشترى ثوباً في منديل ثم زعم انه لم يعرفه قال تقبل وفي

الذخيرة قيل لا يقبل في المسايل كلها وفي العيون : قدم بلدة واشترى او استأجر داراً ثم ادعاها قايلًا بانها دار ابيه مات وتركها ميراثا له وكان لم يوفها وقت الاستيام ، لا تقبل قال والقبول اصح وفي المنية : اثنان اقتسما التركة ثم ادعى احدهما ان اباه كان جعل له هذا الشيء المعين من الذي كان داخلًا تحت القسمة — ان قال انه كان في صغري تقبل وان مطلقا لا . اشترى جارية في نقاب ثم ادعاها وزعم انه لم يعلمها او اشترى ثوبا في منديل ثم ادعى انه له — قال محمد النظر الى ذلك الشيء ان كان مما يمكن ان يعرف وقت المساومة كالجارية القايمة المتنقبة بين يديه ، لا تقبل — الا اذا صدقه المدعى عليه في عدم معرفته اياها فتقبل وان كان مما لا يعرف كثوب في منديل او جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيئا ، يقبل ولاجل هذا اختلفت اقاويل العلماء في القبول وعدمه في المسايل اه .

اقول مما في الانقروي عن التتارخانية : ادعى ثوبا ثم صبغ ذلك الثوب وعرض عليه فساومه لم تصح دعواه اه ، ينبغي ان يجري فيه الخلاف المذكور وان يكون الاصح الصحة لانه لا يعرف وقت النظر اليه فيعذر تامل — ومنها ما في البزازية : ادعى المالك على الغاصب قيمة العين المالكة ثم ادعى انها باقية وبرهن تقبل لانه موضع الخفاء الكل من البحر — ومنها ما في الدرر من فصل في الاستشراء ادعى الوصية وانكرها الوارث فاقام بينة فادعى الوارث الرجوع ، تقبل وهو الصحيح لان هذا تناقض في طريقه خفاء اذ لعل الموصي قد اوصى ولم يعلم به الوارث ورجع ولم يعلم بالرجوع فجحد بناء على ذلك اه — ومنها ما في اخر الجزء الاول من التكملة عن التنقيح : المديون بعد قضاء الدين لو برهن على ابراء الداين والمختلعة بعد اداء بدل الخلع لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع ، يقبل — وكذلك الورثة اذا قاسموا مع الموصى له بالمال ثم ادعوا رجوع الموصي يصح لانفراد الموصي بالرجوع اه — ومنها ما في الخانية دفع الوصي الى اليتيم ماله بعد البلوغ فاشهد الابن على

نفسه انه قبض منه جميع ما كان في يده من تركة ابيه ولم يبق له منها عنده قليل ولا كثير الا وقد استوفاه ثم ادعى بعد ذلك في يد الوصي شيئاً وقال هو من تركة والدي واقام البينة ، تقبل بينته اه .

هكذا في شرح اللبناني وفيه ان هذه المسئلة ليست من مسايل التناقض وانما هي مسئلة مستثناة مما اجمعوا عليه من عدم سماع الدعوى بعد الابراء العام استحساناً كما قدمناه في شرح المادة ١٦٥٥ - ومنها ما افتى به في الحامدية من انه اذا مات زيد عن ورثة بالغين وخلف حصة من دار وصدق الورثة ان بقية الدار لفلان وفلانة ثم ظهر وتبين ان مورثهم المذكور اشترى بقية الدار من ورثة فلان وفلان في حال صغر المصدقين وانه خفي عليهم ذلك ، تسمع دعواهم لان هذا تناقض في محل الخفاء فيكون عفواً اه ملخصاً .

المادة ١٦٥٦ - الابتداء الى تقسيم التركة اقرار بكون المقسوم مشتركاً بناء عليه اذا ادعى احد بان المقسوم مالي بعد التقسيم فهو تناقض مثلاً لو ادعى احد الورثة بعد تقسيم التركة بانني كنت اشتريت احد هذه الاعيان المقسومة من المتوفي او قد وهبه وسلمه لي في حال صحته لا تسمع دعواه ولكن لو قال ان الميت كان قد وهبه لي حال كوني صغيراً ولم اكن اعلم بذلك حين القسمة يكون معذوراً وتسمع دعواه

نقل السايحاني عن المقدسي اقتسما التركة ثم ادعى احدهما ان اباه كان جعل هذا المعين له - ان كان قال في صغري يقبل وان مطلقاً لا اه لان التناقض في موضع الخفاء عفو رد المحتار من القسمة وتقدم آنفاً . ثم التقييد بالابتداء الى القسمة بمعنى الاقدام عليها ؛ لافادة انها اذا كانت

القسمة جبراً على المدعي تسمع دعواه ولا يكون متناقضاً وبه صرح في رد المحتار معزيا للرملي . والتقييد بكون المدعى به عينا من اعيان التركة ، لانه لو ادعى احد المتقاسمين للتركة ديناً في التركة ، صح دعواه لانه لا تناقض لتعلق الدين بالمعنى والقسمة للصورة كما في الدر متناً وشرحا . والتقييد بكون المقسوم اعيان التركة لانهم لو اقتسموا غلة كرم منها. ثم ادعى احدهم الكرم ان والده ملكه اياه في حال صحته وسلمه له تسمع دعواه وتقبل بينته ولا يمنع من ذلك اقتسام الغلة لجواز ان يكون الغلة مشتركة بينهم والكرم لاحدهم وقد صرح بذلك في البزازية والخلاصة والتاتارخانية ومجمع الفتاوي كما في الخيرية وفيه عن الخانية : اقتسموا داراً او ارضا ثم ادعى احدهم في قسم الاخر بناء او نخلا زعم انه بناه او غرسه ، لم تقبل بينته اه . قال في رد المحتار لدخول البناء والنخل تبعا فاو اقتسموا شجراً او بناء فادعى احدهم الارض كلها او بعضها جاز لعدم التبعية لجواز كونه مشتركا دون الارض ففي الخلاصة وغيرها لو ادعى شجراً فقال المدعى عليه ساومني ثمره او اشترى مني لا يكون دفعا لجواز كون الشجر له والثمرة لغيره وهي واقعة الفتوى وافتيت بمساعها لما ذكر ( رملي ملخصا ) اه اقول قول الخانية لم تقبل بينته يخالفه ما ذكر فيها ايضا قبيل فصل في القبض والابراء : ولو قال هذه الدار لفلان - ولكن هذا البيت لي او قال وبناؤها لي او قال هذه الارض لفلان ونخلها لي او النخل باصولها لفلان والثمر لي ، كان الكل للمقر له ولا يصدق المقر الا بحجة اه وهذا صريح بان بينته مقبولة فتأمل وراجع لما كتبناه في شرح المادة ١٥٨٨ .

المادة ١٦٥٧ - لو امكن توفيق الكلام الذي يرى متناقضاً ووفقه المدعي ايضاً يرتفع التناقض مثلاً لو اقر انه كان مستأجراً داراً ثم ادعى انها ملكه لا تسمع دعواه - ولكن لو قال كنت

مستأجراً ثم اشتريتها بكون قد وفق بين كلاميه فتسمع دعواه

هذه المادة ظاهرة في ان امكان التوفيق لا يكفي لسماع دعوى المتناقض – بل لا بد منه بالفعل. وهذا احد اقوال اربعة مذكورة في البحر وغيره – الثاني كفاية الامكان مطلقا اي من المدعي او المدعى عليه – تعدد وجه التوفيق او اتحد . – والثالث انه يكفي من المدعى عليه لا من المدعي، لان الظاهر عند الامكان وجوده ووقوعه والظاهر حجة في الدفع لا في الاستحقاق والمدعي مستحق والمدعى عليه دافع . والظاهر يكفي في الدفع لا في الاستحقاق . – الرابع كفاية الامكان ان اتحد وجه التوفيق لا ان تعددت وجوهه . وهذا الخلاف يجري في كل موضع حصل فيه التناقض من المدعي او منه ومن شهوده او من المدعى عليه كما في البحر وذكر فيه ان الاكتفاء بامكان التوفيق هو القياس . والاستحسان ان التوفيق بالفعل شرط وذكره محشيه الرملي من منية المفتي ان جواب الاستحسان هو الاصح كذا في رد المحتار .

وذكر في البزازية ما يقويه عن الفتاوي ثم قال : قال بكر يعني خواهر زاده : ومحمد ذكر التوفيق في البعض فيحمل المسكوت على المذكور اه . وعليه فكل مسئلة من مسايل التناقض ذكر فيها انها تسمع لامكان التوفيق لا بد لسماعها من التوفيق بالفعل فليتنبه لذلك . ثم ان المثال المذكور في هذه الفقرة لما اذا كان التوفيق ممكنا والمثالان المذكوران في الفقرة الآتية لما اذا لم يكن كذلك

## تنبيه

ذكر في اواخر عاشر الفصولين برمز فتاوي رشيد الدين لو اتى المدعي عليه بالدفع بعد الحكم في بعض المواضع لا يقبل كأن يبرهن بعد الحكم ان المدعي اقر قبل الدعوى انه لا حق له في الدار فانه لا

يبطل الحكم لجواز التوفيق – بان شراه بخيار فلم يملكه في ذلك الزمان ثم مضت مدة الخيار وتم الحكم فملكه فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك ولو برهن قبل الحكم تقبل ولا يحكم للمدعي، اذ الشك يمنع الحكم ولا يدفعه اه . وهذا يفيد ان اشتراط التوفيق بالفعل على القول به وهو ما اعتمدت عليه المجلة، مقيد بما اذا ثبت تناقض المدعي قبل الحكم له ببينة – اما لو ثبت بعده كما مثل فلا يشترط – بل يكفي الامكان قولا واحداً، لان التوفيق اذا كان ممكنا يوقع شكا في حصول التناقض والشك لا يدفع الحكم الحاصل – نعم يمنعه قبل حصوله الى ان يرتفع التناقض بالتوفيق فعلًا فتدبره فانه وجيه جداً

وكذلك لو ادعى احد على آخر الفاً من جهة القرض وانكر المدعى عليه ذلك بقوله ما اخذت منك ديناً ولا اعرفك واقام المدعي بينة على دعواه ثم قال المدعى عليه كنت اوفيتك المبلغ المذكور او كنت ابرأتني منه فلا تسمع دعواه لكونها متاقضة لانكاره .

هذا مثال لما اذا كان التوفيق متعذراً لان قوله ولا اعرفك ونحوه – كما رأيتك او ما جرى بيني وبينك معاملة او مخالطة او اخذ وعطاء او ما اجتمعت معك بمكان، يتعذر معه التوفيق بان غير الحق قد يقضى او يبرأ منه لان الايفاء او الابراء سواء كان من حق او غير حق، لا يتصور وجودهما مع غير معروف او معامل او مخالط . قال في الدرر ونقل القدوري عن اصحابنا انه يقبل ايضا اي وان قال ولا اعرفك ونحوه لان المحتجب او المخدرة قد يؤذي بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه فكان التوفيق ممكنا . قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته . وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه اي الابراء يتحقق بلا

معرفة كذا في العناية اه .

اقول ولا يذهب عليك ان قبول البينة من المحتجب او المخدرة على ما نقله القدوري من اصحابنا – وكذا قبولها على الابراء وان كان ممن يتولى الاعمال بنفسه على ما قيل ، انما يتمشى على قول من اعتبر امكان التوفيق واما على قول من شرط التوفيق بالفعل ، فلا بد من ان يوفق المدعي بما ذكر بان يقول اوفيته ولم اعرفه تاذيا من شغبه على باب داري او ابرأني في حال غيبتي واخبرني بذلك الشهود ولم اعرفه

ولكن لو قال بعد ادعاء المدعي ليس لك علي دين قط واثبت المدعي كونه مديونا وقال المدعى عليه نعم كنت مديونا ولكن اوفيتك او ابرأتني منه واثبت دعواه هذه يدفع دعوى المدعي

وكذا الحكم لو لم يقل قط بالاولى . ومثل قوله ليس لك علي دين ما كان لك علي شيء كما هي عبارة عامة المتون . قال في الكنز ومن ادعى على اخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي على الف وهو برهن على القضاء او الابراء قبل وان زاد ولا اعرفك لا اه . وعلل الاول في البحر وغيره من الشروح بان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه اه .

واعلم ان في هذه الفقرة اشكالا وهو ان قول المدعي نعم كنت مديونا وابرأتني منه يتعذر معه التوفيق بان غير الحق قد يقضى لانه مؤكد للتناقض الواقع بين قوله ليس لك علي دين وبين دعوى الايفاء او الابراء المستلزمة للاقرار به . ويمكن دفع الاشكال بان التوفيق الذي ذكروه وهو ان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه – انما يحتاج اليه فيما اذا قال المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط كما هي عبارة الكنز وغيره من المتون . وهذا لانه نفي للدين في الماضي متصلاً لزمن الحال فيناقضه ادعاء الايفاء والابراء – ما لم يوفق بما ذكر – بخلاف ما اذا قال ليس لك علي شيء او ما لك او لا يستحق علي شيئاً فانه لنفي الدين في الحال فقط وهو لا يستلزم

نفيه في الماضي فلا تناقض فيه اصلاً . ويؤيد ما قلنا ما في جامع الفصولين : ولو قال لا نكاح بيني وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع ، تقبل بينته ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط او قال لم اتزوجها والباقي بحاله ينبغي ان يكون هذا ومسئلة العيب سواء. وثمة في ظاهر الرواية لا تقبل بينة البرائة من العيب لان البرائة منه اقرار بالبيع - فكذا الخلع يقتضي سابقة النكاح فيتحقق التناقض اه - وكذا مسئلة الوديعة المذكورة في الفقرة الاتية تبعاً للبحر عن الخلاصة وكذا يؤيده ما سنذكره عن الانقروي آخر شرح الفقرة الاخيرة من هذه المادة فانه كالصريح في الفرق بين نفي الحال ونفي الماضي وقدمنا في شرح الفقرة الرابعة من المادة ١٦٤٧ عن الفصولين مثل ما في البحر عن الخلاصة - الا انه علل هناك سماع دعوى الرد او الهلاك بعد قوله ليس لك علي شيء بامكان التوفيق وهو يفيد تحقق التناقض وقلنا هناك ان فيه تسامحاً اذ لا تناقض اصلاً اذ لا شك ان من رد الوديعة او هلكت بيده لا شيء عليه فليراجع .

وبما قررناه يندفع اشكال آخر وهو ان هذه الفقرة ظاهرة في ان امكان التوفيق كاف لسماع دعوى المتناقض مع ان صدر المادة ظاهر في اختيار القول باشتراط التوفيق بالفعل . ووجه الاندفاع انه لا تناقض اصلاً في المثال المذكور فاي حاجة الى التوفيق - لكن سنذكر في شرح الفقرة الاخيرة من هذه المادة عن البزازية ، ما يفيد ثبوت التناقض في المثال المذكور الا ان التوفيق فيه واضح فليتأمل

وكذلك لو ادعى احد وديعة على اخر وانكر المدعى عليه بقوله ما اودعت عندي شيئا واثبت ذلك وقال المدعى عليه بعد الاثبات كنت رددتها اليك وسلمتها لك فلا يسمع دفعه هذا ويأخذ المدعي الوديعة عيناً ان كانت موجودة عنده ويضمن

قيمتها ان كانت مستهلكة

ومثله ما اذا ادعى انها كانت هلكت في يده . وانما لا تسمع دعوى الرد والهلاك لان عدم الايداع الذي زعمه يقتضي انعدام الوديعة . ورد المعدوم او هلاكه مستحيل — ولعل الاصوب ان يقال هنا وعليه ضمان قيمتها بدلا من قوله ويأخذ المدعي الوديعة عيناً الخ ، لان وضع المسئلة ان لا وجود لعين الوديعة في يد المدعى عليه كما يقتضيه قوله كنت رددتها اليك او كانت هلكت بيدي فتدبر

واما لو انكر المدعى عليه بقوله ليس لك عندي وديعة بعد ما ادعى المدعي بالوجه المشروح ثم اقام المدعي البينة وقال المدعى عليه كانت لك عندي تلك الوديعة ولكن رددتها وسلمتك اياها فتسمع دعواه .

قال في البزازية في نوع في الدين من الباب الخامس عشر من كتاب الدعوى وذكر في الاقضية : ادعى عليه الفا وديعة فانكر فلما برهن على الايداع ادعى الرد او الهلاك — ان كان قال ما اودعتني اصلا ، الدفع باطل لان الرد والهلاك يستدعيان وجود الايداع فلم يمكن التوفيق — وان كان قال ليس لك عندي وديعة يسمع دعوى الرد والهلاك لوضوح التوفيق لانه يمكن له ان يقول ليس لك عندي وديعة لاني رددتك او هلكت .

فعلى هذا في مسئلة الدين التي ذكرناها عن الجامع الصغير ينبغي ان يفصل الجواب فيقال ان قال ليس لك علي يسمع دعوى الايفاء ولو قال ما استدنت منك ، لا لعدم امكان التوفيق اهـ . ثم فرق بين المسئلتين بما توضيحه — ان ايفاء الدين او الابراء منه يتحقق عند انعدامه لان الايفاء قد يكون بباطل والابراء لا يعتمد قيام الدين اذ يكون عن دعواه

يرشد الى هذا تعليلهم لمسئلة الدين بان غير الحق قد يقضى ويبرأ عنه فلا فرق اذا بين ان يقول مـا استدنت منك او ليس لك علي دين — بخلاف رد الوديعة او هلاكها فانهما لا يتحققان عند انعدامها لان رد المعدوم او هلاكه مستحيل فكان بين قوله ما اودعتني شيئا وبين قوله ليس لك عندي وديعة فرق ظاهر .

ثم اعلم ان عدم سماع دعوى الرد بعد انكار الايداع ، مقيد بما اذا ادعى ردها قبل الجحود فلو ادعى ردها بعد الجحود تسمع دعواه ويقبل برهانه لانه ليس بمتناقض — غاية الامر انه اقر بما كان جحده ظلما او نسيانا فاذا ادعى ردها بعد الجحود يقبل برهانه — كما يقبل برهان الغاصب على رد المغصوب لمالكه — وكذا تسمع دعواه الرد قبل الجحود اذا وفق وقال غلطت في الجحود او نسيت او ظننت اني دفعتها ثم لم تودعني شيئا بعد دفعها . وهذا لانه بالتوفيق المذكور ارتفع التناقض صرح به في الدر وحواشيه من كتاب الوديعة . وهذا اذا ادعى الرد — اما لو ادعى الهلاك — فان كان جحد الايداع بان قال لم تودعني يكون ضامنا وبينته على الهلاك مردودة — سواء شهد الشهود على الهلاك قبل الجحود او بعده — اما اذا شهدوا على الهلاك قبل الجحود فللتناقض واما اذا شهدوا عليه بعده فلعدم الفائدة لانها صارت بالجحود مضمونة وان جحد الوديعة بان قال ليس لك عندي وديعة فان اقام البينة على الهلاك بعد الجحود كان ضامنا وان اقامها على الهلاك قبله فلا ضمان وان اقامها على الهلاك مطلقا ولم يتعرضوا لكونه قبل الجحود او بعده فهو ضامن ايضا — اي لان الحادث يضاف الى اقرب اوقاته وهو زمن التكلم . واذا لم يقم البينة وطلب تحليف المدعي ما هلكت الوديعة قبل جحوده ، حلفه القاضي على العلم فان حلف ضمنه وان نكل برىء المدعى عليه هذا ما كتبناه في شرح المادة ٧٩٠ اخر الفروع فليراجع .

ودعوى العارية كدعوى الوديعة في الاحكام المذكورة كما في الدر من كتاب الوديعة وكذا دعوى الشركة كما في الانقروي قال فيه عازيا

للمحيط : ادعى على اخر ان له في يده كذا وكذا من مال الشركة فانكر المدعى عليه الشركة ثم ادعى دفع ذلك المال الى المدعي - فان كان انكر الشركة اصلاً بان قال لم يكن بيننا شركة اصلاً او قال ما دفعت الي شيئاً من المال اصلاً ، لا يسمع دعواه دفع المال لمكان التناقض وان انكر الشركة والمال في الحال بان قال لا شركة بيننا او ليس لك في يدي مال شركة ، يسمع منه دفع المال ولا تناقض .

المادة ١٦٥٨ — اذا اقر احد بصدور عقد بات صحيح منه وربط اقراره هذا بسند ثم ادعى بان ذلك العقد كان وفاء او فاسداً فلا تسمع دعواه راجع المادة ١٠٠ مثلاً لو باع احد داره لآخر في مقابلة ثمن معلوم وسلمها ثم ذهب الى حضور الحاكم واقر بقوله اني بعت داري المحدودة بهذا الحدود لفلان في مقابلة هذا الثمن بيعاً باتاً صحيحاً وربط اقراره هذا بوثيقة شرعية وبعد ذلك ادعى ان بيعي المذكور كان عقد بطريق الوفاء او بشرط فاسد هو كذا فلا تسمع دعواه كذلك لو صالح احد اخر عن دعوى بينهما واقر في حضور الحاكم بان ذلك الصلح قد عقد صحيحاً وربط اقراره هذا بسند ثم ادعى بان ذلك الصلح كان بشرط مفسد فلا تسمع دعواه

حاصل المسئلة ان المتعاقدين اي عقد كان بيعاً او اجارة او صلحاً اذا اقرا او احدهما ان العقد قد وقع صحيحاً باتاً ثم ادعى المقر انه كان وفاء او فاسداً او موقوفاً تكون دعواه هذه غير مسموعة شرعاً لتناقضه نفيا واثباتا ولانه ساع في نقض ما تم من جهته فيكون سعيه مردوداً عليه كما صرحت به المادة ١٠٠ . والظاهر ان قوله وربط اقراره بسند ليس قيداً احترازيا وانما هو مماشاة مع العادة الغالبة من ان المتعاقدين يربطان

عقدهما بسند ويصرحان فيه بان العقد المربوط فيه وقع صحيحا باتاً خاليا من الشروط المفسدة والقيود المبطلة ونحو ذلك - حتى لو لم يربط عقدهما بسند لكن ثبت اقرارهما بما ذكر بالبينة الشرعية، يكون الحكم كذلك لما صرحوا به من ان الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان. ولو ذكر في السند مجرد الايجاب والقبول ولم يذكر فيه الاقرار بوقوع العقد صحيحا باتاً، فالظاهر انه تسمع دعوى الوفاء والفساد ونحوها، لان مجرد ذكر الايجاب والقبول، لا ينافي ان العقد وقع فاسداً او موقوفا - فلا يكون مدعي الفساد ونحوه متناقضا ولا يكون ساعيا في نقض ما تم من جهته بل هو ساع في نقض ما لم يتم من جهته على زعمه فتسمع دعواه هذا ما يقتضيه مفهوم هذه المادة وهو الذي يظهر فتدبر.

ثم ان عدم سماع دعوى فساد البيع بعد الاقرار المذكور، مقيد بما اذا لم يدع ان الاقرار بالبيع الصحيح البات كان تلجئة - فان ادعى كذلك وفسر التلجئة بانه قد تواضع مع المشتري مثلا، على ان يقرا ببيع صحيح بات بحضرة القاضي وهما لا يريدانه لضرورة امر الجأته اليه خوف عدو او ظالم او نحو ذلك واشهدا على ذلك تسمع دعواه وتقبل بينته ففي الهندية ما نصه : ولو اتفقا على ان يقرا ببيع لم يكن فاقرا بذلك فهو باطل ولا يجوز باجازتهما اه.

وفي تنقيح الحامدية : وكما لا يجوز بيع التلجئة، لا يجوز الاقرار بالتلجئة بان يقول لاخر اني اقر لك في العلانية بمال وتواضعا على فساد الاقرار، لا يصح اقراره وان ادعى احدهما ان الاقرار هزل وتلجئة وادعى الاخر انه جد فالقول لمدعي الجد وعلى الاخر البينة كما في التاتارخانية اه

وتمامه فيما كتبناه في شرح المادة ١٥٧٥ وكذا في التتمة التي كتبناها في شرح المادة ١٠٣ ومن فروع هذا الاصل المذكور في هذه المادة ما في الانقروي عن العمدة : الاب اذا باع عقار ابنه الصغير بغبن فاحش لا يجوز وله ان يخاصم - الا اذا اقر وقال بثمن المثل وكتب ذلك في الصك اه - اي فحينئذ لا يجوز له ان يخاصم لتناقضه نفيا واثباتا وعند عدم

الاقرار هو غير متناقض ولا ساع في نقض ما تم من جهته بل في نقض ما لم يتم من جهته فتدبر .

المادة ١٦٥٩ — اذا باع احد مالا على انه ملكه في حضور آخر لشخص وسلمه ثم ادعى الحاضر بانه ملكه مع انه كان حاضراً في مجلس البيع وسكت بلا عذر ينظر الى ان الحاضر هل كان من اقارب البايع ام لا فان كان من اقاربه او زوجها او زوجته لا تسمع دعواه هذه مطلقاً وان كان من الاجانب فلا يكون حضوره وسكوته في مجلس البيع فقط مانعاً لدعواه بل بعد حضوره وسكوته في مجلس البيع بلا عذر ان تصرف المشتري في ذلك الملك تصرف الملاك بناء او هدماً او غرساً ورآه الحاضر ثم بعد ذلك لو ادعى بقوله هذا ملكي او لي فيه حصة لا تسمع دعواه

الكلام على هذه المادة من وجوه : الاول انه ليس في اصل المادة المترجمة ، ما يفيد تقييد الاقارب بكونهم محارم . ولم ار هذا القيد في كلام الفقهاء والمذكور في كتب اللغة ان القرابة هي قرب الرحم مطلقاً وعليه فالمراد من الاقارب ما يعم المحارم وغيرها فافهم .

الثاني ان قوله باع مالا — على انه ملكه ، يشير الى انه لو لم يصرح بكون المبيع ملكه ، تسمع دعوى قريبه الحاضر وهذا وان لم اره صريحاً — الا ان له وجهاً وجيهاً وهو انه اذا لم يصرح بكون المبيع ملكه كان احتمال انه باع مال غيره فضوليا ثابتا — فلا يكون سكوت قريبه الحاضر اقراراً بانه ملك البايع .

وقد قال في البزازية اخر الباب الخامس عشر من الدعوى : والمالك اذ بيع ملكه وهو حاضر ساكت لا يكون سكوته رضى عندنا خلافا

لابن ابي ليلى اه .

ويشير الى ما قلنا ما في الخيرية حيث سئل بما حاصله في صك بيع ذكر فيه ان فلانا باع من فلانة مـا هو جار في ملكه جميع الحصة الشايعة وقدرها كذا من المحدود الفلاني بثمن هو كذا وصدقت اخت البايع لابيه ووالدتها على البيع المذكور ثم برزت الاخت وامها المذكورتان يدعيان حصة في المبيع بطريق الارث عن والد البايع هل تسمع دعواهما ام لا فاجاب بما لفظه : حيث صرح بانه يبيع ملكه وقت عقد البيع كما ذكر في الصك وحضرتا وصدقتا كما ذكر فيه لا تسمع دعواهما عليه اذ فيه صريح الاعتراف منهما بانه باع ملكه فدعواهما الملك فيه بعده مناقضة منهما فلا تسمع كما هو ظاهر اه .

الثالث لا بد من تقييد القريب الحاضر بكونه عالما بالبيع –كما قيده في الكنز والملتقى والتنوير وعبارة التنوير بزيادة قليلة من الدر : باع عقاراً او حيوانا او ثوبا وابنه او امرأته او غيرها من اقاربه حاضر يعلم به ثم ادعى الابن مثلا انه ملكه لا تسمع دعواه – بخلاف الاجنبي فان سكوته ولو جاراً ، لا يكون رضى – الا اذا سكت الجار وقت البيع والتسليم وتصرف المشتري فيه زرعـا وبناء فحينئذ لا تسمع دعواه اه – فلو كان حاضراً ولم يعلم به تسمع دعواه . وذكر في رد المحتار عن الرملي ان المراد من الحضور ، الاطلاع وهو يشير الى انه لو لم يكن حاضراً وانما اخبره البايع وغيره بانه امس مثلا باع كذا على انه ملكه فسكت يكون الحكم كذلك اي لا تسمع دعواه وليراجع النص .

الرابع قال في رد المحتار وفي فتاوي المص يعني صاحب التنوير اذا ادعى يعني القريب الحاضر عـدم العلم بانه ملكه وقت البيع يصدق وقال في نهج النجاة : اقول وهذا اذا لم يكن المدعي معذوراً والا فتسمع دعواه فقد قالوا يعذر الوارث والوصي والمتولي بالتناقض للجهل في موضع الخفـاء اه .

وقال الاستروشني اشترى داراً لطفله من نفسه فكبر الابن ولم يعلم

ثم باعها الاب وسلمها للمشتري ثم استأجرها الابن منه ثم علم بما صنع الاب فادعى الدار ، تقبل ولا يصير متناقضا بالاستئجار لان فيه خفاً لان الاب يستبد بالشراء للصغير وعسى لا يعلم بعد البلوغ اه سائحاني اه

اقول ولا بد من تقييد ما في فتاوي صاحب التنوير بان يكون المتناقض فيه محل خفاء بان يدعي مثلاً ان اباه كان شراه له في حال صغره وهو لا يعلم على ما قدمناه في شرح المادة ١٦٥٦ . وفي نقل عبارتي نهج النجاة والاستروشني اشارة الى ما قلنا . وما في حاشية ابي السعود على شرح مسكين من ان تعليلهم لعدم سماع دعوى الحاضر بان سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار ، ظاهر في انه اذا ادعى ان المبيع له وانه حالة البيع لم يكن يعلم انه له لم يقبل منه وان ما اجاب به الغزي يعني صاحب التنوير من ان دعواه تسمع سواء كان قريباً او اجنبيا لدعواه عدم العلم حالة البيع بان المبيع ملكه ، فيه نظر ظاهر اه ، لما تقرر من التناقض في محل الخفاء عفو فاذا ادعى عدم العلم وكان المتناقض فيه محل خفاء كمثال الاستروشني السابق وكما اذا كان المبيع ثوبا ملفوفا في منديل او جارية متنقبة جالسة وما اشبه ذلك تسمع دعواه ، لانهم صرحوا بسماعها بعد الشراء والمساومة فكيف مع السكوت عند البيع .

الخامس انه كما لا يسمع دعوى القريب الحاضر في المبيع لا تسمع دعواه ايضا في الثمن على ما استظهره الرملي كما في رد المحتار اخذاً من تعليلهم المسئلة بان حضور القريب وتركه البايع فيما يصنع اقرار منه بانه ملك البايع وان لا حق له في المبيع .

السادس المراد بالبيع في قوله اذا باع احد مالا الخ ، الاخراج عن الملك فيشمل ما اذا وهب او تصدق وسلم . ويخرج عنه ما اذا آجر او رهن او اعار ثم ادعى الحاضر فان دعواه تسمع اذ ليس من لوازم ذلك الخروج عن الملك وقد يرضى الشخص بالانتفاع بملكه ولا يرضى بالخروج عن ملكه ، ولانه في البيع ونحوه على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس رد المحتار عن الرملي قال ومثل البيع الوقف كما افتى به الشهاب الشلبي

ووافقه على ذلك ثلاثة عشر عالماً من اعيان الحنفية في عصره اه .

السابع ان قوله بناء او هدما او غراسا ، تمثيل لتصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك - فالمراد كل تصرف لا يطلق الا للمالك - كما في رد المحتار فمثل هذه الثلاثة سكنى الدار او الدكان او نحوهما - وكذا اجارتها واعارتها وكذا لبس نحو الثوب وركوب نحو الدابة واستعمالها بفلاحة او غيرها وكذا زراعة نحو الارض وفلاحتها وكذا اجارة جميع ذلك او اعارته فان جميع هذه التصرفات لا تطلق الا للمالك .

الثامن ان قيل ما الفرق بين القريب حيث منع من سماع الدعوى بمجرد سكوته وقت البيع وبين الاجنبي حيث لم يمنع ما لم يتصرف المشتري فيه زمانا قلت : قال في رد المحتار قال الرملي اقول الذي يظهر لي في الفرق ان الاطماع الفاسدة في القريب اغلب فمظنة التلبيس فيه اوجح ولذلك غلب في الاقرباء خصوصا في دعوى الارث لسهولة اثباته بخلاف الاجنبي فان طمعه في مال من هو اجنبي عنه ، نادر فلا بد من مرجح يرجح جهة التزوير وهي ان يتصرف فيه المشتري زمانا اه .

التاسع ان قوله وان كان من الاجانب الى اخر المادة ظاهر في ان عدم سماع دعوى الاجنبي ولو جارا مشروط بسكوتين سكوت حالة حضوره البيع وسكوت حالة اطلاعه على تصرف المشتري زمانا فسكوته في احدى الحالتين المذكورتين فقط ، لا يمنعه من سماع الدعوى وهذا ما تعطيه عبارة التنوير المارة ومثلها عبارة الكنز والملتقى وسائر الشروح والفتاوي .

قال في القنية : باع ارضا وسلمها الى المشتري وتصرف فيها مدة زرعاً وبناء ، وجاره ساكت ثم الان يدعي انها ملكه ، لا تسمع دعواه ان كان حاضراً وقت البيع والتسليم وساكتا وقت تصرف المشتري قيل له فاو لم يتصرف فيها المشتري - ولكن كان ساكتاً وقت البيع والتسليم قال لا تسقط دعوى الجار بهذا القدر - بخلاف ما اختاره المتأخرون فيما اذا باع وسلم وولده او زوجته حاضرة ساكتة حيث تسقط بهذا القدر

دعواهمـــا اه .

- لكن استظهر العـلامة ابن عابدين في كتابيه رد المحتـار وتنقيح الحامدية ان السكوت عند البيع والتسليم مانع من سماع دعوى الزوجة والقريب - واما السكوت عند التصرف بقيد البيع والتسليم ، فيمنع من سماع الدعوى مطلقا - سواء كان قريبا او اجنبيا واستدل لذلك بما في جامع الفتاوي عن الخلاصة : رجل تصرف في ارض زمانا ورجل اخر يرى تصرفه فيهـا ثم مات المتصرف ولم يدع الرجل حال حيـاته لا تسمع دعواه بعـد وفاته اه .

وبما في الولوالجية رجل تصرف زمانا في ارض ورجل اخر يرى الارض والتصرف ولم يـدعِ ومات على ذلك لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده فتترك على يد المتصرف اه .

قال في التنقيح : ان ما في الولواجية والخلاصة ، يدل على ان البيع غير قيد بالنسبة الى الاجنبي ولو جاراً بل مجرد الاطـلاع على التصرف ، مانع من الدعوى - وانما فايدة التقييد بالبيع هي الفرق بين القريب والاجنبي فان القريب للبايع لا تسمع دعواه اذا سـكت عند البيع - بخلاف الاجنبي فانه لا تسمع دعواه اذا اطلع على تصرف المشتري وسكت فالمانع لدعواه عند الاطلاع على التصرف لا السكوت عند البيع فلأجـل الفرق بينهما صور المسئلة بالبيع اه - واستدلاله هذا يقتضي ان السكوت عند التصرف مانع من سماع دعوى كل من القريب والاجنبي وان لم يسبقه بيع وانه لو سبقه بيع فلم يسكت الحاضر - بل اعترض وقال هذا ملكي ولا ارضى ببيعـه ثم تصرف المشتري في المبيع وهو مطلع فسكت لا تسمع دعواه ، لان مناط المنع السكوت عند الاطلاع على التصرف وقد حصل

ولي في هذا الاستظهار نظر من وجوه اولها ان من القواعد المقررة انه لا ينسب لساكت قول كما في الاشباه واستثنى منها ثلاثين مسئلة منهـا قوله الرابعة والعشرون سكوته عند بيع زوجته او قريبه عقاراً ، اقرار بانه ليس له على ما افتى به مشايخ سمرقند خلافا لمشايخ بخارى الخامسة

والعشرون رآه يبيع ارضا او دارا فتصرف المشتري زمانا وهو ساكت تسقط دعواه اه . قال شارحها الحموي هذا الفرع فيه عما قبله زيادة تصرف المشتري بعد الشراء زمانا وهو ساكت وهو قيد في الاجنبي لا في الزوجة والقريب اه .

وقد سمعت التصريح بذلك عن تنوير الابصار والقنية وغيرهما فلو كان مجرد السكوت عند التصرف مانعا من دعوى الساكت ، لما قيد التصرف بكونه مسبوقا بالسكوت عند البيع بل كان اطلق وجعل مجرد الاطلاع على التصرف من المسايل المستثناة .

فتقرر بهذا المستثنى من القاعدة سكوت الزوجة او القريب عند البيع وسكوت الاجنبي ولو جاراً عند كل من البيع والتصرف فبقي السكوت عند التصرف وحده داخلا تحت عموم القاعدة غير مستثنى منها - ثانيها قد علمت ان المراد بالتصرف ، كل تصرف لا يطلق الا للمالك فيعم نحو السكنى والاجارة والاعارة والفلاحة وغيرها كقفل بابها وحفظ مفتاحها ومنع غير من ان يفتحها وينتفع بها فلو كان مجرد السكوت عند الاطلاع على شيء من هذه التصرفات مانعا لما كان لقولهم لا تسمع الدعوى بعد ثلاثين سنة مثلا كما هو المنصوص عليه في كتب الفقهاء او خمسة عشرة سنة كما ورد به الامر السلطاني ، فائدة وكون الذي نص عليه الفقهاء او ورد به الامر السلطاني هو منع سماع الدعوى بمجرد الترك هذه المدة بلا اطلاع على التصرف ممنوع - بان ترك الدعوى بدون اطلاع على شيء من هذه التصرفات لا يتصور عادة في جميع هذه المدة - الا اذا كان المدعي غايبا او صبيا مجنونا ولهذا لستثنوهم وقالوا ان هؤلاء تسمع دعواهم وان طالت مدة تركهم وهذا الان المدعى عليه لا بد ان يكون ساكنا في الدار والدكان او مؤجرها او معيرها او حافظا مفتاحها ومانعا غيره من التعرض اليها او زارعا للارض او مزارعا عليها او بانيا او غارسا فيها والا فلا يكون ذايد عليها اصلا فان خصصتم ذلك التصرف بالهدم والبناء والغرس ، قلنا لا فرق بين هذه الثلاثة وبين ما ذكرناه من

التصرفات من حيث انها لا تطلق الا للمالك فان زعمتم ان السكنى والاجارة وغيرهما قد تطلق لغير المالك كالمستأجر والمستعير . كذلك الهدم والبناء والغرس تطلق لغير المالك كالوكيل والاجير والمستأجر والمستعير .

ثالثها انه لو كان مجرد السكوت عند التصرف مانعا ، لكان سكوت الاجنبي عند البيع مانعا ايضا - كسكوت القريب لان التصرف بالمدعى به بالاخراج عن ملكه ، اقوى من التصرف فيه هدما وبناء لما سمعت من تعليلهم من ان الانسان قد يرضى بالانتفاع بملكه ولا يرضى بالاخراج ملكه فاذا لم يكن سكوته عند التصرف الاقوى مانعا فكيف سكوته عند الادنى مانعا .

رابعها ان ما تقدم آنفاً عن المختار معزيا للرملي من وجه التفرقة بين القريب والاجنبي ، ينافي ما استظهره - من ان مجرد السكوت عند الاطلاع على التصرف وان لم يسبقه بيع ، مانع من سماع دعوى الاجنبي اذ لم يوجد حينئذ مرجح يرجح جهة التزوير في جانب الاجنبي بل اللازم ضعفها لما علمت من ان السكوت عند الاطلاع على التصرف ، ادنى منه عند الاطلاع على البيع والتسليم .

خامسها انه اذا ذكر في الفتاوي الخيرية ان في مسئلة السكوت عند البيع والتسليم اقوالاً اخر منها سماع الدعوى في الكل مطلقا اه - يعني انه تسمع دعوى كل من القريب والاجنبي مطلقا - اي تصرف فيه المشتري اولا فكيف يقال بعد هذا ان مجرد السكوت عند الاطلاع على التصرف ، مانع مع انه على هذا القول لا يمنع وان كان مسبوقا بالسكوت عند البيع .

سادسها انه لو كان مجرد السكوت عند الاطلاع على كل تصرف لا يطلق الا للمالك مانعاً ، لما كان لذكر مسئلة السكوت عند البيع والتسليم ، ولا للتفرقة بين القريب والاجنبي ، ولا للخلاف في ان الزوجة ملحقة بالقريب والاجنبي ، معنى - بل كان يكفي لن يقال ان السكوت

عند الاطلاع على تصرف المدعى عليه مانع من سماع الدعوى . ومعلوم ان البيع والتسليم من اقوى التصرفات فاذا اطلع عليه المدعي وسكت لا تسمع دعواه بلا فرق بين ان يكون قريبا او زوجة او اجنبياً فتدبره منصفاً .

والحاصل ان المصرح به عند السكوت المانع من سماع الدعوى على ما عليه الفتوى ثلاثة انواع سكوت القريب والزوجة عند مجرد اطلاعها على البيع والتسليم وعللوا ذلك كما في رد المحتار عن الرملي بان الاطماع الفاسدة في القريب اغلب ، فظنة التلبيس فيه ارجح فجعل سكوتهما عند مجرد البيع والتسليم كالاقرار الصريح بان لا حق لهما في المبيع — النوع الثاني سكوت الاجنبي ولو جاراً عند كل من البيع والتسليم مع تصرف المشتري بالمبيع بعد الشراء وعللوا ذلك بان طمع الانسان في مال من هو اجنبي عنه ، نادر فلا بد من مرجح يرجح جهة التزوير وهي ان يتصرف فيه المشتري زماناً — والنوع الثالث السكوت بمعنى ترك الدعوى مدة طويلة هي خمس عشرة سنة على ما ورد به الامر السلطاني وثلاثون سنة او ثلاث وثلاثون او ست وثلاثون على ما ذكره الفقهاء وقيل ثلاث سنوات فقط وهو قول مهجور ولا يعمل به وعللوا ذلك بان ترك الدعوى جميع هذه المدة مع التمكن منها يدل على عدم الحق ظاهراً . وهذا السكوت اعم من ان يكون مع اطلاع على تصرف المدعى عليه او بدونه — هذا على فرض امكان وجود تصرف بدون اطلاع عليه — واما مجرد كون السكوت عند الاطلاع على تصرف هو غير البيع والتسليم ولو زمناً قليلاً مانعاً من سماع الدعوى فلم نر من صرح به بل جميع كلامهم ينافيه فبقي داخلا تحت قاعدة لا ينسب الى ساكت قول .

واما ما تقدم عن الخلاصة والولوالجية فالاول مسوق لبيان ان من لا تسمع الدعوى عليه لا تسمع الدعوى على ورثته ايضاً لان الوارث قائم مقام مورثه والثاني مسوق لبيان ان من لا تسمع دعواه على رجل لا تسمع دعوى ورثته على ذلك الرجل ، لان ما منع منه المورث يمنع منه الوارث

فدلالة هذين النصين على ان التصرف مطلقاً زماناً مطلقاً ، مانع من سماع الدعوى انما هو باشارة النص لا بعبارته — بخلاف دلالة ما قدمناه عن التنوير والقنية ومثله في كثير من المعتبرات فان دلالتها على ما قررناه ، بعبارة النص والمعنى المدلول عليه بعبارة النص ، لا يعارضه المعنى المدلول عليه باشارته كما ذكره الاصوليون — على ان كلا من لفظ التصرف والزمان ، مطلق . ومن المقرر ان المطلق يجب حمله على المقيد فاما ان يحمل اطلاق الزمان على زمان يمنع مروره من سماع الدعوى — واما ان يحمل اطلاق التصرف على التصرف بالبيع والتسليم مع تصرف المشتري به زماناً — ان كان المتصرف اجنبياً و بدونه ان كان قريباً او زوجة — نعم يشكل على ما قلنا ، ما نقله في تنقيح الحامدية عن فتاوي صاحب التنوير من من انه سئل عن رجل له بيت سكنه مدة تزيد على ثلاث سنوات وله جار يجانبه والرجل المذكور يتصرف في البيت المذكور هدماً وبناء مع اطلاع جاره على تصرفه في المدة المذكورة فهل اذا ادعى البيت او بعضه بعد ما ذكر من تصرف الرجل المذكور هدما وعمارة تسمع دعواه ام لا فاجاب لا تسمع دعواه على ما عليه الفتوى اه — فانه مؤيد لما استظهره العلامة ابن عابدين — لكنه لم يستند في ذلك الى نقل صريح وقد علمت ان ما في الخلاصة والولوالجية ليس نصا فيما افتى به ، لانه مدلول عليه بالاشارة لا بالعبارة مع امكان حمل اطلاقه على ما قيدته به المتون والشروح والفتاوي ويعارض فتواه هذه ما في الخيرية من كتاب الدعوى حيث سئل عن رجل بنى في ارض يزعم شخص انها ملكه وهو ساكت فهل اذا ثبت انها ملكه يكون البناء للباني ام سكوته يكون اذنا ويكون البناء للمالك فاجاب لا ينسب لساكت قول الا في مسايل ليست هذه منها فالبناء للباني وللمالك الرفع — الا ان يضر بالارض فله تملكه مقلوعا اه — فانظر الى قوله يزعم الخ ، والى قوله فهل اذا اثبت الخ ، فانه صريح في ان المدعى عليه خصم منازع له في الارض . وقد افتى بان يكون سكوت مدعي الارض مع اطلاعه على تصرف المدعى عليه

بناء ، لا يمنعه من سماع دعواه لانه لا ينسب لساكت قول - ولعل قول السائل ثلاث سنوات في السؤال المرفوع الى صاحب التنوير محرف عن ثلاثين سنة ويؤيده قوله في آخر الجواب على ما عليه الفتوى فان ما في الخلاصة والولوالجية ان كان استناده في فتواه عليهما لم يذيلاه بان عليه الفتوى وانما الذي عليه فتوى المتأخرين ، هو القول بعدم سماع الدعوى بعد تركها ثلاثين سنة او بعد حضوره البيع والتسليم في الزوجة والقريب ومع التصرف بعدهما هدماً وبناء في الاجنبي ولو جاراً وان لم نقل بالتحريف ، فلا وجه له الا كونه مبنياً على القول بان ترك الدعوى ثلاث سنوات يمنع من سماعها وهو قول مهجور لا يعول عليه كما في تنقيح الحامدية فاغتنم هذا التحرير الفريد واخلع عنك ربقة التقليد .

# الباب الثانی

## — في مرور الزمان —

قد علمت مما ذكرناه قريباً ان السكوت المانع من سماع الدعوى ثلاثة انواع – سكوت القريب او الزوجة او الزوج عند الاطلاع على بيع المدعى به وتسليمه الى المشتري . الثاني سكوت الاجنبي ولو جاراً عند تصرف المشتري بالمبيع بنحو الهدم والبناء بعد ان كان سكت عند البيع والتسليم وهذان النوعان هما المذكوران في المادة السابقة . والنوع الثالث السكوت بمعنى ترك الدعوى مدة طويلة بغير عذر وهذا هو المذكور في مواد هذا الباب وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه المدة فقيل هي ثلاث سنوات وهو قول مهجور لا ينفذ القضاء به كما في تنقيح الحامدية ورد

المختار والخيرية وقيل هي ثلاثون سنة وقيل ثلاث وثلاثون وقيل ست وثلاثون سنة ونقل في التنقيح عن جامع الفتاوي ان المتأخرين من اهل الفتوى قالوا لا تسمع بعد ست وثلاثين سنة - الا ان يكون المدعي غايباً او صبياً او مجنوناً وليس لهما وليٌّ او المدعى عليه اميراً جايراً يخاف منه وعللوا ذلك بان ترك الدعوى جميع هذه المدة مع التمكن منها دليل على عدم الحق ظاهراً ،

قال في التنقيح وغيره وليس هذا مبنيًا على بطلان الحق في ذلك وانما هو مجرد منع للقضاة من سماع الدعوى قطعا للتزوير والحيل مع بقاء الحق لصاحبه في الاخرة حتى لو اقر به الخصم يلزمه - فلا يرد ما في قضاء الاشباه من ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان . ثم لما كثر الفساد في الزمان وفشى التزوير والتحيل في كل مكان صدر الامر السلطاني من لدن سيدنا امير المؤمنين كما اشعرت به المادة الآتية وذلك تبعا لاوامر اسلافه الكرام من خلفاء آل عثمان العظام بمنع القضاة عن سماع كل دعوى تركها المدعي خمس عشرة سنة بلا عذر من الاعذار الآتية اذا كان المدعى به عينا او دينا او حقا من الحقوق او عشر سنوات - اذا كان المدعى به مشد مسكة او حق قرار في اراض اميرية رقبتها مملوكة لبيت المال . واستثنوا من ذلك دعوى الوقف يعني الدعوى فيما يعود لاصل الوقف حيث اطلقوا سماع الدعوى فيه ما لم تمض عليها المدة الطويلة وهي ست وثلاثون سنة على ما افتى به المتاخرون من اهل الفتوى كما تقدم . و[illegible] افاد في رد المحتار ان القاضي الممنوع من سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة لو سمعها وحكم ، لا ينفذ قضاؤه لانه معزول عن سماعها لما تقرر ان القضاء يتخصص بزمان ومكان وخصومة - الا ان يأمره بسماعها بعد هذه المدة فحينئذ يجب عليه سماعها . ثم نقل عن الاشباه ان السلطان الذي منع قضاته عن سماع الدعوى بعد مضي المدة المزبورة يجب عليه ان يسمعها بنفسه او يأمر بسماعها كيلا يضيع حق المدعي .

ثم قال والظاهر ان هذا حيث لم يظهر من المدعي امارة التزوير اه

وهذا ، بخلاف ما اذا مضى عليها ست وثلاثون سنة فان القاضي لا يسمعها وان امره السلطان بسماعها لان عدم سماعها بعد هذه المدة ليس مبنياً على المنع السلطاني بل هو منع من الفقهاء وكذا في التنقيح رد المحتار .

وعبارة الشارح اللبناني هكذا : واما عدم سماع الدعوى بعد ثلاثين سنة فهو مبني على منع الفقهاء كما تقدم فليس للسلطان ان ينقضه لان امر السلطان انما ينفذ اذا وافق الشرع والا فلا كما نص عليه في الاشباه من القاعدة الخامسة اه .

اقول وفي هذا نظر فان المنع بعد مضي المدة المذكورة ، قول اختاره المتاخرون من اهل الفتوى كما علمت فاذا امر السلطان نصره الله تعالى قاضياً بسماع دعوى مضت عليها المدة المرقومة لمصلحة رآها عملاً بالقول المقابل لما اختاره المتأخرون من الفتوى ، لا شك انه يجب على القاضي المأمور ، سماعها لانه امره بالاخذ بقول مجتهد فيه فلا تجوز مخالفته — وما نقله الشارح اللبناني عن الاشباه لا يشهد له لان امره بسماعها والحالة هذه وان كان مخالفا لما اختاره المتاخرون من اهل الفتوى — لكنه ليس مخالفاً لاصل الشرع وقد قال صاحب الاشباه في بحره ناقلاً عن ائمتنا اطاعة الامام في غير المعصية واجبة فلو امر الامام بصوم يوم وجب اه .

المادة ١٦٦٠ — لا تسمع دعوى الدين والوديعة وملك العقار والميراث وما لا يعود من الدعاوي الى العامة ولا الى اصل الوقف كدعوى المقاطعة او التصرف بالاجارتين والتولية المشروطة والغلة في العقارات الموقوفة بعد ان تركت خمس عشرة سنة

صريح هذه المادة ان دعوى الارث غير مستثناة فلا يلتفت الى ما في الحموي من انها مستثناة فان صاحب البيت ادرى والحاصل ان كل

دعوى تركت خمس عشرة سنة بلا عذر من الاعذار الآتية ما عدا الدعاوي العائدة الى اصل الوقف او الى العامة لا تسمع – فيشمل دعوى الارث والقصاص ودعوى ارش الجناية او الدية ودعوى الهبة او الغصب او قيمة المتلوف ودعوى الاستحقاق في غلة الوقف والاحقية في التولية عليه ودعوى المقاطعة في الوقف كالغراس او البناء في الارض المحتكرة وما يسمونه جدكاً او خلواً في دكان الوقف وحانوته وكر داراً وقيمة في بستانه ومرصداً في داره . ومبدأ هذه المدة ، من حين صلاحية المدعي للادعاء كما ياتي . واعلم ان عدم سماع الدعوى بعد مرور خمس عشرة سنة انما هو لمنع السلطان قضاته عن سماعها لحيث كان الممنوع هو القاضي كان للمحكم ان يسمعها .

قال صاحب التنوير في كتابه معين المفتي ان القاضي لا يسمعها من حيث كونه قاضياً فلو حكمه الخصمان في تلك القضية التي مضى عليها المدة المذكورة فله ان يسمعها اه . كذا في رد المحتار

اقول وينبغي على هذا انه لو رفع اليه حكم المحكم الذي سمع هذه الدعوى ينفذه . ولا يشكل عليه ما في الدر وحواشيه من ان حكم المحكم اذا رفع الى القاضي ينفذه ان وافق مذهبه والا ابطله اه ، لان سماع الدعوى الذي مضى عليه اقل من ست وثلاثين سنة على ما عليه فتوى المتأخرين هو مذهبه من حيث كونه حنفي المذهب وان كان هو ممنوعاً عن سماعها من حيث كونه قاضياً اللهم الا ان منعه السلطان من تنفيذ حكم المحكم كما منعه من سماعها تأمل

واعلم ان مرور المدة المانعة من سماع الدعوى انما يثبت باتفاق المتداعيين كأن يدعي عليه عيناً اتفقا انها في يد المدعى عليه من اكثر من خمس عشرة سنة او يدعيها ارثاً عن ابيه وقد اتفقا ان اباه مات قبل المدة المذكورة – اما لو اختلفا في مرورها فاما ان يتنازعا باليد والتصرف – بان ادعى كل منهما اليد والتصرف او ادعى احدهما التصرف مدة تمنع من سماع الدعوى وادعى الاخر انها كانت في يده وتصرفه الى ان احدث

المدعى عليه يده عليها من نحو عشر سنوات مثلاً بنحو غصب او استعارة او استئجار ، فتكون المسئلة حينئذ من باب التنازع في اليد الآتي بيان احكامه في الباب الرابع من كتاب الشهادة — واما ان يختلفا في الوقت الذي مات فيه الاب مثلاً في دعوى الارث المذكورة — بان يقول مدعي الارث مات ابي من عشر سنوات مثلاً وقال المدعى عليه مات ابوك من خمس عشرة سنةففي هذه القول قول المدعي ، لان الموت حادث والحادث يضاف الى اقرب اوقاته كما تقدم في المادة الحادي عشرة وبهذا افتى الخير الرملي من كتاب الدعوى من فتاواه قايلاً ولا تقبل بينة المدعى عليه اي على انه مات قبل ذلك اذ يوم الموت لا يدخل تحت القضاء — بخلاف يوم القتل كما نص عليه في العمادية والظهيرية والولوالجية والبزازية وغيرها من الكتب اه .

قلت ومقتضى التعليل ان يكون القول قول المدعي بلا يمين كما اطلقه الرملي فانه قال القول قول المدعية ولم يقل بيمينها وهذا لان اليمين كالبينة والاقرار طريق لحكم القاضي بموت المورث في التاريخ الذي ذكره المدعي وقد علمت ان الموت لا يدخل تحت القضاء فتأمل .

هذا وذكر في رد المحتار عند قول صاحب التنوير من كتاب القضاء يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ما نصه : اي لا يقضى به قصداً بان تنازع الخصمان يوم موت اخر انه كان في يوم كذا — بخلاف ما اذا كان المقصود غيره كتقدم ملك احدهما ولذا قال في البزازية : فان ادعيا الميراث وكل منهما يقول هذا لي ورثته من ابي ان في يد ثالث ولم يؤرخا او ارخا تاريخاً واحداً ، فانصافا وان احدهما اسبق فهو له عند الامامين وليس فيه القول بدخول يوم الموت تحت القضاء لان النزاع وقع في تقديم الملك قصداً اه

وفيها : ادعى على اخر ضيعة بانها كانت لفلان ورثتها منه اخته فلانة فانت وانا وارثها وبرهن ، تسمع ولو برهن المطلوب ان فلانة ماتت قبل فلان يعني مورثها صح الدفع ، وفيه نظر لما تقرر ان زمان الموت لا يدخل

تحت القضا. قيل النزاع لم يقع في الموت المجرد فصار كالورثة تنازعوا في تقديم موت المورث من المورث الاخر قبله وبعده كأبن الابن مع الابن اذا تنازعا في تقديم موت ابيه قبل الجد او بعده اه .

اقول قد يدعي ان النزاع في مسئلة الخيرية المارة لم يقع ايضاً في الموت المجرد – بل فيما يترتب عليه من مرور المدة المانعة من سماع الدعوى ، او عدم مرورها ويدفع بالفرق بين ما اذا كان المترتب على زمان الموت اصل الملك في المدعى به كما في مسئلتي البزازية المذكورتين ، وبين ما اذا كان المترتب عليه عدم سماع الدعوى بالمدعى به فان النزاع في الثاني ليس الا في الموت المجرد فتدبر .

**المادة ١٦٦١ – تسمع دعوى المتولي والمرتزقة التي هي في حق اصل الوقف الى ست وثلاثين سنة ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة مثلاً اذا تصرف احداً في ملك ستاً وثلاثين سنة ثم ادعى متولي وقف انه من مستغلات وقفي فلا تسمع دعواه**

هذا اذا كان للوقف متول ولم يدع في اثناء هذه المدة ولم يمنعه من الدعوى مانع شرعي . ومثله فيما يظهر اذا كان المتولون عليه في هذه المدة اربعة مثلاً ومضى على كل واحد منهم تسع سنوات ولم يدع . اما اذا مضت هذه المدة والوقف شاغر او انتصب له متول واحد فقط ولم تمض عليه المدة المذكورة ثم ادعى او مضت المدة وهو غائب عن محل المدعى عليه مدة سفر ، فالظاهر ان المرور حينئذ لا يمنع من سماع الدعوى لعدم تحقق تركها في الاول والثاني ، ولكون المتولي معذوراً في تركها في الثالثة واعلم ان التصرف ستا وثلاثين سنة كما يكون بناء على انه ملك المتصرف يكون بناء على كونه وقفاً تحت تولية .

ففي الحامدية سئل في بناء حوانيت جار في وقف اهلي قايم في ارض

وقف محتكرة ونظار وقف البناء متصرف فيه لجهة الوقف ويدفعون محاكرة الارض للمتولين على وقف البر من مدة تزيد على ستين سنة بلا معارض لهم في ذلك والان قام متولي وقف البر يكلف ناظر الوقف الاهلي، اظهار حجة احتكار تشهد لجهة الوقف الاهلي فكيف الحكم

الجواب يعمل بوضع يد نظار الوقف الاهلي ولا يكلف الناظر الى ما ذكر بعد مضي المدة المرقومة - الا بوجه شرعي اذ لا ينزع شيء من يد احد الا بحق ثابت معروف وقالوا ان اليد والتصرف المدد المتطاولة دليل الاستحقاق ظاهراً اه مختصراً .

ثم اعلم ان اطلاق هذه المادة يفيد ان الدعوى في حق اصل الوقف قبل مضي ست وثلاثين سنة تسمع من المرتزقة يعني الموقوف عليهم والمذكور في الدر من كتاب الوقف نقلاً عن العمادية ان الموقوف عليه لا يملك الدعوى لو غصب منه الوقف الا بتولية او اذن قاض ولو الوقف على رجل معين على ما عليه الفتوى اه .

ومثله في جامع الفصولين وزاد فيه ان مستحق غلة الوقف لا يملك غلة الوقف وانما يملكها المتولي اه .

قال في رد المحتار بعد نقله فافاد ان دعوى الموقوف عليه بالغلة كدعوى عين الوقف اه - اي فلا تسمع الا باذن القاضي - لكن نقل بعد هذا عن التتارخانية معزيا للمحيط : ارض في يد رجل يزعم انها ملكه فادعى قوم انه وقفها عليهم قبلت بينتهم وحكمت عليه بالوقف واخرجتها من يده قال وهذه المسئلة تصريح بان الدعوى من الموقوف عليه صحيحة اه.

قلت وفي الفصل السابع من وقف البزازية ادعى ان هذه الارض وقف عليه لا يسمع وانما يسمع من المتولي وقيل يصح والفتوى على الاول. واشار الخصاف في مسايل الى ان الدعوى من الموقوف عليه صحيحة . منها ارض في يد غاصب ادعى بعض المصارف ان فلانا وقفها علينا ومات وهو يملكها يقضى بالملك لا بالوقف علل وقال لانه يجوز انه ملكها بعد ما وقفها ولم يعلل بان الدعوى لم تصح . ومنها قوم ادعوا ارضاً بانها وقف

فلان علينا ، لا تسمع لان الانسان قد يقف ما لا يملك ولم يطلل بعدم صحة الدعوى - وكذا لو شهدوا انه اقر واشهدنا انه وقف هذه الارض وقفاً صحيحاً وكانت في يده حتى مات لا يقبل ولو قالا مما ذكرنا وكان مالكها ، تقبل ويقضى بكونها وقفاً وينزع من يد الغاصب وهذا صريح في صحة دعوى المصرف ولولا ذلك لكانت الشهادة بلا دعوى وانها لا تقبل في حقوق العباد اهـ .

اقول في استدلال البزازي على سماع دعوى الموقوف عليه بهذه المسايل الثلاث ، نظر فان دعوى المصرف في المسئلة الاولى انما هي بملكية الارض لا بوقفيتها بدليل قوله ومات وهو يملكها والحكم بالملكية له لا للمدعى عليه الغاصب والتعليل بقوله لانه يجوز انه ملكها بعد ما وقفها ، انما هو لصحة دعوى المصرف الملكية وانه لا تناقض فيها - وكذا هو تعليل لتوجه الحكم له بالملكية فما معنى التعليل بان الدعوى ، لا تصح

واما المسئلة الثانية فان عدم التعليل فيها بعدم صحة الدعوى لا يقتضي ان دعوى الموقوف عليه صحيحة بلا تولية ولا اذن قاض اذ يجوز ان يكون للحكم علتان ويقتصر على ذكر احداهما لان العلل لا تتزاحم

واما المسئلة الثالثة فانه لا ذكر فيها للدعوى اصلاً فهي مخرجة على القول المصحح من ان اصل الوقف من حقوق الله تعالى فتقبل فيها الشهادة حسبة بلا دعوى فلا يكون فيها اشارة الى سماع دعوى الموقوف عليه اصلاً وعلى فرض ان الوقف من حقوق العباد وانه لا بد لقبول الشهادة فيه من الدعوى فما المانع من ان تكون الدعوى المطوي ذكرها صادرة من المتولي او المأذون له بها . واما ما تقدم عن التتارخانية معزيا للمحيط فالظاهر ان القوم المدعين مأذون لهم بالدعوى من القاضي بدليل قوله قبلتُ بينتهم وحكمتُ عليه بالوقف واخرجتها من يده فان كلا من قبول البينة والحكم بموجبها والاخراج لا يكون الا من القاضي وذلك ينبيء عن اذنه لهم بالدعوى ولا نزاع في سماع دعوى الموقوف عليه اذا كان مأذوناً بها من القاضي فليس في هذه المسئلة دليل على سماع دعوى الموقوف عليه بلا تولية ولا

اذن من القاضي فضلاً من ان تكون صريحة فتدبر .

فان العدول من القول الصحيح المفتى به الى مقابله غير مسلم وبما ذكرنا تعلم ان ما كتبه هنا في رد المحتار ، غير محرر ولا حاصل له وما نقله عن فتاوي الحانوتي من قوله والحق ان الوقف اذا كان على معين تصح الدعوى منه وكذا ما نقله عن نور العين من ان الغلة نماء الوقف فبزوال الوقف تزول الغلة فيصير كأن الموقوف عليه ادعى شرط حقه فينبغي ان تكون رواية الصحة هي الاصح اه ، لا يلتفت اليه لانهما ليسا من اهل التصحيح والترجيح وما بحثاه لا يقاوم النص الصحيح المفتى به من المذهب وعليه فاطلاق هذه المادة يحمل على المقيد وهو ان يكون الموقوف عليه مأذونا بالدعوى من القاضي .

واعلم ان هذا كله في دعوى الموقوف عليه ، عين الوقف او غلته على ذي يد على العين المدعى بها يزعم انها ملكه اما دعواه على متولي الوقف الثابت الذي لا نزاع فيه انه من الموقوفين عليهم وان له حقاً في الغلة او ان حقه اكثر مما كان يعطيه . فقد قال في رد المحتار ينبغي عدم التردد في سماعها لانه يريد مجرد اثبات حقه .

ونقل عن الاسعاف والبزازية ما يؤيده ولا يشكل عليه ما تقدم عن العمادية والفصولين وغيرهما من ان دعوى الغلة كالعين لا تسمع بلا اذن من القاضي لان ذلك فيما اذا ادعاها على غاصب يزعم انها ملكه وعن هذا قال العلامة الحلبي في حاشية الدر ان ما تقدم من عدم سماع دعوى الموقوف عليه فيما لو غصبه غاصب اما دعوى المستحق استحقاقه من غلة الوقف فلا شبهة في صحتها ولا يحتاج هذا الى التدبر اه .

المادة ١٦٦٢ - ان كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة وان كانت في عقار الوقف فللمتولي ان يدعيها الى ست وثلاثين سنة

ولا تسمع دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب التي هي في الاراضي الاميرية بعد ان تركت عشر سنين كما لا تسمع دعوى الاراضي الاميرية بعد مرور عشر سنين

حاصله ان دعوى حق المرور او حق المسيل او حق الشرب تعتبر بدعوى ما هي من حقوقه فيمنع من سماع دعواها اذا كانت حقاً لارض مملوكة ، مرور خمس عشرة سنة ولارض موقوفة ، مرور ست وثلاثين سنة ولارض اميرية مرور عشر سنوات . وكون مرور عشر سنوات يمنع من دعوى مشد المسكة في الاراضي الاميرية مذكور في قانون الاراضي تبعاً لما ذكره الفقهاء ففي جامع الفصولين : والفتوى في زماننا ان الدعوى اذا تركت عشر سنين في الاراضي الاميرية لا تسمع بعدها اه

وقال الشارح اللبناني هنا ما نصه : هذه صورة المظبطة التي نظمتها لجنة المجلة بخصوص مرور الزمان بحق الدعاوي التي تحدث من الخزينه الجليلة على عامة الناس وصدرت الارادة السنية الشاهانية باجراء ايجابها « احيل قبلًا الى لجنة عجزنا من جانب نظارة العدليه الجليلة تذكرة سامية مؤرخة في ٢٨ ربيع اول سنة ١٢٩٧ واردة للنظارة المشار اليها من مقام رآسة الوكلاء الجليل وملفوف بها تذكرة من نظارة المالية الجليلة مضمونها حيث ان بعض المحاكم تتردد عن دفع ورد دعوى بعد مرور الزمان التي يدعيها المتعهدون والملتزمون الذين بذمتهم دين بقايا من الاموال القديمة للخزينة الجليلة لا تكون مقيدة في الدعاوي المتعلقة بها بمرور الزمان المذكور في المادة المعلومة من كتاب الدعوى من المجلة وعليه يطلب في التذكرة السامية الاشعار بالمقتضى في هذا الخصوص وفي التذكرة المتقدمة من لجنة هؤلاء العاجزين جوابا على التذكرة السامية مذكور ان المباحثة جارية في اللجنة بخصوص المعاملات اللازم اجراؤها لدى المحاكم في هذا الشأن من بعد نشر الكتاب المذكور وباقي القوانين الجديدة وان الدعاوي الكائنة

من هذا القبيل قبل التواريخ المذكورة فمن مقتضى الحال والمصلحة ان ترى حسب اصولها السابقة وان على المحاكم ان تجري المعاملة وفقاً على الوجه المشروح ولدى التذكر تقرر انه حيث لم يكن في المادة ١٦٦٠ من المجلة استثناء فهي اذاً شاملة للدعاوي التي يقيمها مأمور الخزينة فيما يكون لها من المطاليب عند الناس وكذا بالعكس اي الدعاوي التي يقيمها عامة الناس فيما يكون لهم من المطاليب قبل الخزينة الجليلة وبناء على ذلك يتضح ان مثل هذه الدعاوي اذا تركت خمس عشرة سنة بدون عذر فينبغي ان لا تسمع وحيث بعض المحاكم تتردد في هذا الامر فلكي لا يبقى محل للتردد لزم الايضاح — وهو ان الدعاوي المذكورة التي تترك خمس عشرة سنة بلا عذر لا تسمع بعد المدة المذكورة ومأمورو الخزينة الذين ينسب مرور الزمان الى تكاسلهم يكونون ضامنين ومسئولين ثم قد صرح في قانون الاراضي الهمايوني ان مدة مرور الزمان في حق الاراضي الاميرية هي عشر سنين وقد ادرج ذلك في المجلة اجمالا — الا ان هذا القول هو بحق التصرف بالاراضي الاميرية وحيث ان مدة الدعاوي التي يقيمها مأمور الاراضي الاميرية على مراقبي الاراضي مسكوت عنها ومن المعلوم انه اذا وقعت دعوى على رقبة الارض بين بيت المال والوقف فتسمع دعوى متولي الوقف الى ست وثلاثين سنة فيجب اذاً ان تسمع دعوى مأموري الاراضي المتعلقة برقبة الارض حتى ست وثلاثين سنة واما الدعاوي الكائنة قبل تاريخ نشر واعلان كتاب الدعاوي فيجب ان ترى وتفصل حسب الاصول والمعاملات السابقة على ما تبين في مذكرتنا المتقدمة وبكل الوجوه الخ ، تاريخ الارادة السنية في ٢٢ محرم سنة ١٣٠٠ و ٢٢ تشرين ثاني سنة ١٢٩٨ .

المادة ١٦٦٣ — والمعتبر في هذا الباب يعني مرور الزمان المانع لاستماع الدعاوي ليس هو الا مرور الزمان الواقع بلا عذر واما

الزمان الذي مر بعذر شرعي ككون المدعي صغيراً او مجنوناً او معتوهاً سواء كان له وصي او لم يكن او كونه في ديار بعيدة مدة سفر او كون خصمه من المتغلبة فلا يعتبر مثلاً لا يعتبر الزمان الذي مر على حال صغر المدعي وانما يعتبر من تاريخ وصوله الى حد البلوغ كذلك اذا كان لرجل مع احد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمان تغلب خصمه ووجد مرور الزمان لا يكون مانعاً لاستماع الدعوى وانما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب .

الكلام على هذه المادة من وجوه الاول ان قوله سواء كان له وصي او لم يكن ، موافق لما في الفتاوي الخيرية ولما في فتاوي علي افندي وغيرها نقلاً عن الحاوي الزاهدي من اطلاق استثناء دعوى الصغير والمجنون وعدم تقييده بان لا يكون له ولي – لكنه مخالف لما نقله في رد المحتار والحامدية عن جامع الفتاوي ونصه : قال المتأخرون من اهل الفتوى لا تسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة – الا ان يكون المدعي غايباً او صبياً او مجنوناً وليس لهما ولي او المدعى عليه اميراً جايراً اه فانه يفيد انه لو كان للصبي او المجنون ولي في تلك المدة تكون دعوى الصغير بعد بلوغه او المجنون بعد افاقته غير مسموعة ولعل جمعية المجلة اختارت اطلاق استثنائهما رحمة بهما وحفظاً لحقوقهما فان اكثر الاوصياء في هذا الزمان الفاسد لا يهمهم ترك الدعوى في حقوق الصغير او المجنون اما لمنفعة خصوصية لهم او ضنا منهم بصرف اوقاتهم لمصلحة ذلك الصغير او المجنون مع انشغالهم بصرفها لمصالحهم الذاتية فلا جرم كانت دعواهما مسموعة بعد البلوغ والافاقة وان كان لهما ولي قبل ذلك – الا ان تمر المدة المذكورة على دعواهما بعد البلوغ والافاقة ويا ليت ان مرور الزمان مهما طال لا

يكون مانعاً من سماع دعوى الوقف ايضا سواء كان له متول او لم يكن – فان ما يقال في اوصياء هذا الزمان ، يقال في المتولين ايضا لا سيما في المتولين على اوقاف المساجد والزوايا واشباهها على ان القائل ان يقول ان الناظر على الوقف لو اقر صريحا بان هذا العقار مثلاً ملك زيد ولا حق للوقف فيه يكون اقراره غير معتبر على الوقف كما صرحوا به ولا يكون مانعا من سماع دعوى متول آخر ينتصب بعده على الوقف فكيف يكون مجرد سكوته عن الدعوى تلك المدة مانعاً من سماعها من غيره فتامل .

ثانيها الضمير في قوله او كونه في ديار بعيدة الخ ، وان كان راجعا هنا الى المدعي – الا ان غيبة المدعى عليه ايضاً تكون عذراً للمدعي في ترك دعواه – حتى لو ترك المدعي دعواه لغيبة المدعى عليه مسافة القصر يكون معذوراً في تركه الدعوى هذه المدة فتسمع دعواه بعد حضور المدعى عليه – الا اذا كان مرور الزمان بعد حضوره . قال في الخيرية من المقرر ان الترك لا يتاتى من الغايب له او عليه لعدم تأتي الجواب منه في الغيبة . والعلة خشية التزوير ولا يتاتى بالغيبة الدعوى عليه فلا فرق فيه بين المدعي والمدعى عليه اه .

ثالثها ان قوله او كون خصمه يعني المدعى عليه من المتغلبة فيه اشارة الى انه لا يشترط في كونه متغلباً ان يكون اميراً . والتقييد بكونه اميراً جائراً ، اتفاقي او جرى على الغالب – حتى لو لم يكن اميراً ولا ماموراً لكنه صاحب نفوذ وله وجاهة عند اولياء الامور وهو مع ذلك شرير يزور الدعاوي الجنائية الكاذبة على من يقاومه او يعانده يكون من المتغلبة بل تغلبه وهو في هذه الحالة اشد من تغلبه لو كان اميراً فقد شاهدنا من امثال هؤلاء كفى الله عباده من شرورهم كثيراً ممن استولى على اراضي وعقارات وخلافها من اناس قد منعهم الخوف من شره أن يدعوا عليه في محكمة ما فمثل هؤلاء لا يكون مرور الزمان مانعاً من سماع الدعوى عليهم الا اذا كان من تاريخ زوال تغلبهم .

المادة ١٦٦٤ — مدة السفر هي ثلاثة ايام اي مسافة ثماني عشرة ساعة بالسير المعتدل

وهو سير الابل ومشي الاقدام وخرج سير البقر بجر العجلة ونحوه لانه ابطأ السير كما ان اسرعه سير الفرس والبزيد بجر . واعلم ان مسافة السفر الموجب لقصر الصلاة هي ثلاثة ايام من اقصر ايام السنة وقيل من معتدلها ولا يشترط سفر كل يوم الى الليل بل الى الزوال لان الزوال اكثر النهار الشرعي الذي هو من الفجر الى الغروب وهو نصف النهار الفلكي الذي هو من الطلوع الى الغروب ثم ان من الفجر الى الزوال في اقصر ايام السنة في مصر وما ساواها في العرض سبع ساعات الا ربعا فمجموع الثلاثة ايام عشرون ساعة وربع ويختلف بحسب اختلاف البلدان في العرض ح

قلت ومجموع الثلاثة ايام في دمشق عشرون ساعة الا ثلث ساعة تقريبا لان من الفجر الى الزوال في اقصر الايام عندنا ست ساعات وثلثي ساعة الا درجة ونصفا وان اعتبرت ذلك بالايام المعتدلة كان مجموع الثلاثة ايام اثنين وعشرين ساعة ونصف ساعة تقريبا لان من الفجر الى الزوال سبع ساعاح ونصفا تقريبا كذا في رد المحتار من باب صلاة المسافر

فالظاهر ان تقدير ما بين الفجر الى الزوال بست ساعات كما في هذه المادة مبني على عرض الاستانة وما ساواها فيه . بقي شيء وهو مـا لو كانت المسافة اقل من مدة السفر الا ان الطريق غير آمن من اللصوص وقطاع الطريق هل تكون الغيبة حينئذ عـذراً في ترك الدعوى لم ار من ذكر ذلك او اشار اليه فليحرر

وزعم الشارح اللبناني ان ما يؤيد كونه عذراً ما في فتاوي علي افندي حيث سئل بما تعريبه اذا باع زيـد المستامن من عمرو الذمي في دار الاسلام مقدارا من المتاع بثمن معلوم وسلمه المبيع وقبل ان يستوفي منه الثمن ذهب المستامن البايع الى دار الحرب ومكث فيها ثلاثين سنة ولم

يستوف الثمن ولكن حال ما خرج من دار الحرب بالامان طلب الثمن المذكور من عمرو فدفعه عمرو بمجرد قوله ان حقك قد سقط بمرور ثلاثين سنة فهل يقدر على عدم دفع الثمن الجواب لا يقدر اه .

وانت تعلم انه ليس في هذه المسئلة ما يشير الى زعمه فضلاً عن كونه يؤيد مدعاه لان سماع دعوى البايع المستأمن بثمن ما باعه ، ليس لكون الطريق غير آمن بل لكون الذمي المشتري قد دفع دعواه بمجرد قوله ان حقك قد سقط الخ فهو مقر بالبيع . وبقاء الثمن بقوله المذكور وكأنه ظن ان المراد من لفظ المستأمن من كان طريقه مأمونا وان العلة في سماع دعواه بعد هذه المدة هو عدم امن الطريق فافهم .

**المادة ١٦٦٥ – ساكنا بلدتين بينهما مسافة سفر احتمعا في بلدة ولو مرة ولم يدع احدهما على الاخر شيئاً وكانت محاكتهما ممكنة فبعد ما وجد مرور الزمان بهذا الوجه لا تسمع دعوى احدهما على الاخر بتاريخ اقدم من مدة مرور الزمان**

افاد قوله وكانت محاكتهما ممكنة انه لو لم تكن كذلك بان اجتمعا في برية او قرية لا حاكم فيها او ما امكنت المحاكمة بينهما لمرض باحدهما او لذهاب المدعى عليه سرعة او نحو ذلك ، يكون ذلك الاجتماع كعدمه فيعذر المدعي في ترك الدعوى كما اذا لم يجتمعا وزعم الشارح اللبناني ان هذه المادة صريحة في ان الغيبة انما تكون عذراً اذا كانت منقطعة قال وهذا هو الصواب اه مختصرا . وهو زعم فاسد فان الغيبة المنقطعة هي ما لا يدري فيها مكان الغايب ولا موته ولا حياته كما صرحوا به . وهذا ليس شرطاً لكونها عذرا كما لا يخفى على من شم رائحة الفقه فان اراد بالغيبة المنقطعة ، ما لم يجتمع فيها المتداعيان يكون استصوابه المذكور ابرد من الثلج لانه فسر الماء بعد الجهد بالماء .

المادة ١٦٦٦ اذا ادعى احد على اخر مالا في حضور الحاكم في كل برهة مرة ولم تفصل دعواه ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة فلا يكون هذا المرور مانعاً لاستماع الدعوى واما ما لم يكن في حضور الحاكم من الادعاء والمطالبة لا يدفع مرور الزمان بناء عليه اذا ادعى احد في غير مجلس الحاكم وطالب به وعلى هذا الوجه وجد مرور الزمان فلا تسمع دعواه

حاصله ان عدم سماع الدعوى بعد مرور الزمان حيث تحقق تركها هذه المدة فلو ادعى في اثنائها ، تسمع دعواه ثانياً ما لم يكن بين الدعوى الاولى والثانية هذه المدة ثم ان شرط الدعوى مجلس القاضي فلو ترك دعواه على عمرو مدة خمس عشرة سنة لكن طالبه بحقه مراراً في غير مجلس القاضي لا تسمع لان المطالبة في غير مجلس القاضي ليست دعوى – نعم لو ادعى عند القاضي ولم تفصل الدعوى ومضت المدة تسمع لانه صدق عليه انه لم يتركها عند القاضي افاده في رد المحتار ٠

المادة ١٦٦٧ – يعتبر مرور الزمان من تاريخ وجود صلاحية الادعاء بالمدعى به فمرور الزمان في دعوى دين مؤجل انما يعتبر من حلول الاجل لانه ليس للمدعي صلاحية دعوى ذلك الدين ومطالبته قبل حلول الاجل مثلاً لو ادعى احد على آخر بقوله لي عليك كذا دراهم من ثمن الشيء الفلاني الذي بعتك اياه قبل خمس عشرة سنة مؤجلا الى ثلاث سنين تسمع دعواه لانه يكون قد مر اثنتا عشرة سنة اعتباراً من حلول الاجل

وعليه فلو كان الدين مؤجلاً الى حين طلب الدائن كما يقع كثيرا في زماننا يعتبر مرور الزمان من تاريخ السند الذي تحرر بالدين لان صلاحية الدعوى للدائن ثابتة من حين التأجيل لعدم صحته بسبب جهالة المدة

كذلك لا يعتبر مرور الزمان في دعوى البطن الثاني بالوقف المشروط للاولاد بطناً بعد بطن الا من تاريخ انقراض البطن الاول لانه ليس للبطن الثاني صلاحية الدعوى ما دام البطن الاول موجوداً

فلو ان عقار وقف هو في تصرف جماعة من ذرية واقفه يتناولون غلته مدة تمنع من سماع دعوى الاستحقاق ثم ماتوا عن اولاد يزعمون انهم مستقلون بغلة الوقف فادعى رجل هو من ذرية الواقف ان له استحقاقاً في غلته بمقتضى ان جدهم الواقف قد شرط صرف غلة وقفه لاولاده واولاد اولاده واعقابه بطناً بعد بطن اي طبقة بعد طبقة وانه من اهل البطن الثاني مثلاً وقد انقرض الآن اهل البطن الاول فوصلت نوبة الاستحقاق اليه بموتهم فلو انكر المدعى عليهم شرط الواقف على هذا الوجه وادعوا ان الوقف عليهم خاصة ، تسمع دعواه المذكورة ولا يمنع من سماعها مرور الزمان — ما لم يكن مبدأوه من تاريخ انقراض البطن الاول اذ لا صلاحية فيه للدعوى الا من ذلك الوقت . هذا هو المراد من هذه الفقرة وفي فتاوي المرحوم شيخ الاسلام علي افندي ما تعريبه في وقف مشروطة توليته وغلته لاولاد الواقف واولاد اولاده بطنا بعد بطن فباع زيد الذي هو من اولاد الواقف منزل الوقف من عمرو وسلمه اياه وبعد ان تصرف فيه المشتري ثلاثين سنة ، مات زيد البايع فصارت نوبة الاستحقاق في المذكور الى بكر الذي هو من اولاد اولاد الواقف قام بكر يريد الدعوى بمنزل الواقف المذكور على عمرو المشتري فدفعه عمرو بمجرد قوله دعواك غير مسموعة بعد مرور المدة المذكورة فهل يكون عمرو قادرا على منع بكر من دعواه المذكورة .

الجواب لا يكون قادراً ومرت مسئلته قبل مسئلة اه . وتعريب المسئلة التي مرت قبل هذه هكذا في منزل وقف ضبطه زيد تغلبا وبعد اربعين سنة قام المتولي على الوقف المذكور يريد الدعوى على زيد بذلك فهل اذا كان زيد معترفاً ودفع عمرواً المتولي بمجرد قوله ان دعواك بعد مرور اربعين سنة لا تسمع ولا يكون قادراً على منع دعوى المتولي .

الجواب لا يكون قادراً على ذلك اه . ولا يخفى ان السؤال المحال عليه مصرح فيه ان المدعى عليه مقر فيكون السؤال الثاني الذي قال انه مرت مسئلته قبل مسئلة مثله ويشير الى كونه مثله قوله فدفعه بمجرد قوله دعواك غير مسموعة كما هو ظاهر فتكون علة سماع الدعوى في المسئلتين وعدم اندفاعها بمرور الزمن ، هي كون المدعى عليه مقراً فلا تنطبق على هذه الفقرة – فتمثيل الشارح اللبناني لهذه الفقرة بمسئلة الفتاوي المذكورة غير صحيح – كما انه ايضاً لا يصح تمثيله لها بما لو وقف احد عقاراً وشرط غلته لاولاده الذكور وبعد انقطاعهم على بناته فباع اولاده الذكور ذلك العقار من رجل وسلموه اياه وبعد ستين سنة مثلاً انقطعت اولاد الذكور فأقامت بناته الدعوى على المشتري بذلك العقار تسمع دعواهن ولا يمنعها مرور الزمان المذكور لان حق اقامة الدعوى لم يثبت لهن الا بعد انقطاع الذكور اه .

وانما لا يصح التمثيل لهذه الفقرة بالمثالين المذكورين ، لان المدعى عليه اذا انكر دعوى المدعي وادعى انه ملكه وفي تصرفه تلك المدة الطويلة ، فالظاهر ان الدعوى عليه تكون غير مسموعة ، لما تقرر من ان الدعوى باصل الوقف بعد ست وثلاثين سنة على ما رجحته المجلة ، لا تسمع . وكون صلاحية الادعاء للمدعي لم توجه الا بعد انقراض البطن الاول في المثال الاول وبعد انقراض الذكور من اولاد الواقف في المثال الثاني ، غير مسلم لان صلاحيته لا يشترط فيها ان يكون المدعي مستحقاً بالفعل وانما شرطها ان يكون المدعي متولياً او مأذوناً له بالدعوى من الحاكم وان كان غير موقوف عليه اصلاً فالمستحق بالفعل اذا لم يكن

متولياً ولا مأذونا ليس فيه صلاحية الدعوى على ما هو الصحيح المفتى به كما تقدم — الا ترى انه لو ترك نظار الوقف الدعوى بعقار هو في يد زيد وتصرفه مدة ستة وثلاثين سنة ثم وصلت نوبة التولية الى رجل واراد الدعوى بذلك العقار لا تسمع دعواه بعد مرور هذه المدة مع ان صلاحية الدعوى له لم توجد الا حينما صار متولياً .

والحاصل ان المراد من هذه الفقرة ان دعوى الاستحقاق في الوقف يمنع من سماعها مرور الزمان ان كان المرور من بعد صلاحية المستحق للدعوى كما قلنا في صدر هذه المقولة والا فلا يكون مانعا . واما الدعوى باصل الوقف فليس مما تنطبق عليه احكام هذه الفقرة هكذا ينبغي تقرير هذا المحل والحمد لله عز وجل

## وكذلك يعتبر مرور الزمان في المهر المؤجل من وقت الطلاق او من تاريخ موت احد الزوجين لان المهر المؤجل لا يكون معجلا الا بالطلاق او الوفاة

اما لو كان بعض المشروط تعجيله قبل الفرقة بالموت او بالطلاق او كله مؤجلا الى وقت معين فيعتبر مبدأ مرور الزمان من وقت حلول الاجل كما في سائر الديون وفي رد المحتار ما ملخصه : ثم لا يخفى ان ترك الدعوى انما يتحقق بعد ثبوت حق طلبها فلو مات زوج المرأة او طلقها بعد عشرين سنة مثلا من وقت النكاح فلها طلب المؤخر ، لان حق طلبه انما ثبت لها بعد الموت او الطلاق لا من وقت النكاح . وبه يعلم جواب حادثة الفتوى في رجل له كدك مشتمل على منجور وغيره وضعه من ماله في الدكان باذن ناظر الوقف من نحو اربعين سنة وتصرف فيه هو وورثته من بعده هذه المدة ثم انكره الناظر الان وانكر وضعه بالاذن واراد الورثة اثباته واثبات الاذن بوضعه والذي ظهر لي في الجواب سماع البينة في ذلك لانه حيث كان في يدهم ويد مورثهم هذه المدة بدون

معارض لم يكن ذلك تركا للدعوى .

ونظير ذلك ما لو ادعى زيد على عمرو بدار في يده فقال له عمرو كنت اشتريتها منك من عشرين سنة وهي ملكي الى الآن وكذبه زيد في الشراء فتسمع بينة عمرو على الشراء المذكور بعد هذه المدة ، لان الدعوى توجهت عليه الآن وقبلها كان واضع اليد بلا معارض فلم يكن مطالباً باثبات ملكيتها فلم يكن تاركا للدعوى – ومثله فيما يظهر ان مستأجر دار الوقف يعمرها باذن الناظر وينفق عليها مبلغا من الدراهم يصير له ديناً على الوقف ويسمى في زماننا مرصداً ولا يطالب به ما دام في الدار فاذا خرج منها فله الدعوى على الناظر برصده المذكور وان طالت مدته حيث جرت العادة بانه لا يطالب به قبل خروجه – ولا سيما اذا كان في كل سنة يقتطع بعضه من غير اجرة الدار فليتأمل اه .

اقول ان ضمير طلبها من قوله ثم لا يخفى ان ترك الدعوى انما يتحقق بعد ثبوت حق طلبها ، عايد الى الدعوى مراداً بها المدعى به كما تنبيء عنه الامثلة بعد هذا والا فان حق طلب الدعوى لاثبات المدعى به ثابت في كل وقت وان لم يكن له حق طلب المال المدعى به ففي الثالث من دعوى الدين من الانقروية اذا ارادت المرأة اثبات بقية مهرها على الزوج فلها ذلك وان لم يكن لها حق المطالبة ببقية المهر في الحال . وكذلك من له الدين المؤجل اذا اراد اثباته اله ذلك وان لم يكن له حق المطالبة في الحال اه . فكان الاصوب ان يقول بعد ثبوت حق طلب المدعى به فتدبر .

واقول ايضاً ان تعليله لجواب حادثة الفتوى بانه حيث كان في يدهم ويد مورثهم هذه المدة الخ ، انما يظهر فيما اذا كان النزاع بين مدعي الجدك وبين المتولي في عين المنجور الموضوع هل هو ملك المستاجر او هو جار في الوقف تبعاً لحانوته . اما لو كان النزاع بمجرد كون المستاجر وضعه باذن المتولي ليكون له حق القرار او بغير اذنه ليكلفه القلع فلا تظهر كما لا يخفى . نعم يمكن تعليل سماع الدعوى حينئذ بانه حيث

كان يدفع للمتولي اجرة مثل دكان خالية عن جدكه الموضوع ، لم يكن محتاجا لدعوى انه وضعه باذنه لان منفعته من الجدك قد كان يستوفيها فلم يتحقق تركه للدعوى فتكون هذه المسئلة ، كمسئلة دعوى الدين على رقبة الوقف المسمى بالمرصد الذي استظهر ان الدعوى به على الناظر تسمع ، وان طالت مدته حيث جرت العادة بانه لا يطالب به قبل خروج الدار من يده فان العلة في المسئلتين واحدة - لكن افتى في الحامدية من كتاب الدعوى بان مرور الزمان يمنع من سماع دعوى المرصد وان كان المدعي مستنداً الى حجة تتضمن الدين من عشرين سنة وحكم الحاكم بثبوته فهو مخالف لما استظهره هنا الا ان يحمل ما افتى به في الحامدية على ما اذا لم تكن دار الوقف في يد مدعي المرصد وقد مضى على خروجها من يده وتسليمها لجهة الوقف مدة تمنع من سماع الدعوى فليتامل .

المادة ١٦٦٨ - لا يعتبر مرور الزمان في دعوى الطلب من المفلس الا من تاريخ زوال الافلاس مثلاً لو ادعى احد ممن تمادى افلاسه خمس عشرة سنة وتحقق ايساره بعد ذلك بانه قبل خمس عشرة سنة كان لي عليك من الجهة الفلانية كذا دراهم ولما كنت مفلساً من ذلك التاريخ الى الان لم يمكني الادعاء ولاقتدارك الآن على ايفاء الدين ادعي عليك به تسمع دعواه

ذكر هذه المسئلة في رد المحتار قبيل باب التحكيم وعزاها الى الحامدية ولم ارها في الحامدية لا في كتاب الدعوى ولا في كتاب القضاء نعم ثبت بهذه المادة ان السلطان نصره الله تعالى اذن للقضاة بسماع الدعوى فيها فوجب عليهم سماعها .

المادة ١٦٦٩ — اذا ترك احد الدعوى بلا عذر ووجد مرور

الزمان على ما ذكر آنفاً فكما لا تسمع تلك الدعوى منه في حياته كذلك لا تسمع من ورثته بعد مماته ايضاً

لان ما يمنع صحة دعوى المورث يمنع صحة دعوى الوارث كما قدمناه في شرح المادة ١٦٥٩ عن الحامدية معزيا للولوالجية وقدمنا هناك عنها معزيا للخلاصة ان من لا تسمع عليه الدعوى بشيء لا تسمع الدعوى بذلك الشيء على وارثه لان الوارث قايم مقام مورثه .

المادة ١٦٧٠ — اذا ترك المورث الدعوى مدة وتركها الوارث ايضا مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان فلا تسمع

حتى لو سمعها القاضي والحالة هذه وحكم لذلك الوارث بعد سماع بينته لا يكون حكمه نافذاً لان السلطان لم يوكل بسماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة كذا في فتاوي المرحوم علامة الروم علي افندي .

المادة ١٦٧١ — البايع والمشتري والواهب والموهوب له كالوارث والمورث مثلاً اذا كان احد متصرفا في عرصته متصلة بدار خمس عشرة سنة مع سكوت صاحب الدار ثم عند ما بيعت الدار ادعى المشتري بان هذه العرصة طريق خاص للدار التي اشتريتها فلا تسمع دعواه كذلك لو سكت البايع مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان لا تسمع دعوى المشتري

والظاهر ان مثل المورث والوارث ايضاً الموصي والموصى له فلا تسمع دعوى الموصى له ان الارض المذكورة طريق خاص للدار الموصى بها بعد

ان ترك الموصي الدعوى بها مدة والموصى له مـدة وكان مجموع المدتين خمس عشرة سنة . وهذا لان الوصية والميراث اخوان . والظاهر ان العلة في هذه المسايل كلها ، ان القـاضي منهي عن سماع دعوى تركت خمس عشرة سنة والترك المذكور حاصل بمجموع ترك المدعي وترك من تلقى الملك من جهتـه .

المادة ١٦٧٢ - لو وجد مرور الزمان في حق بعض الورثـة في دعوى مال الميت الذي هو عنـد آخر ولم يوجد في حق البعض الاخر لعذر كالصغر وادعي به واثبته يحكم بحصته في المدعى به ولا يسري هذا الحكم الى سائر الورثة

لان مرور الزمان على الوارث الذي ترك الدعوى بلا عذر منع من سماع دعواه فلا ينتصب الوارث الاخر الذي كان معذورا بترك الدعوى لصغر او جنون او غيبة مـدة القصر خصما عنه - الا ترى انـه لو اقر بعض الورثة ان لا حق لمورثه في هذا المدعى به ينفذ اقراره على نفسه ثم اذا ادعاه البعض الاخر واثبته يحكم له بحصته منه ولا يسري هذا الحكم الى الوارث المقر .

المادة ١٦٧٣ - ليس لمن كان مقراً بكونه مستاجراً في عقار ان يملكه لمرور زمان ازيد من خمس عشرة سنـة واما اذا كان منكراً وادعى المالك بانه ملكي و كنت آجرتك اياه قبل بسنين وما زلت اقبض اجرته فتسمع دعواه ان كان ايجاره معروفـاً بين الناس والا فـلا

قد ذكر في باب العدة من الدر وحواشيه ان الشهرة بين الناس هي عبارة عن الاشهاد على الشيء ولو لرجلين وان الاشهاد اشهار ومعلوم ان كون الشيء معروفاً لا بمعنى انه مشهور بل المعروف اخص من المشهور فلعل المراد من كون الايجار معروفاً ان يكون مشهداً عليه ولو بشاهدين فقط والا كان مشكلاً كما سيأتي تقريره في شرح المادة الآتية فتأمل .

المادة ١٦٧٤ — لا يسقط الحق بتقادم الزمان بناءً عليه اذا اقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور الحاكم بان للمدعي عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه واما اذا لم يقر المدعى عليه في حضور الحاكم وادعى المدعي بكونه اقر في محل آخر فكما لا تسمع دعواه الاصلية كذلك لا تسمع دعوى الاقرار ولكن الاقرار الذي ادعى ان كان قد ربط بسند حاو لخط المدعى عليه المعروف او ختمه مقدماً ولم يوجد مرور الزمان من تاريخ السند الى مدة الدعوى تسمع دعوى الاقرار على هذه الصورة

اقول فهم المراد من هاتين المادتين على وجه معقول ، مشكل من وجوه اولها ما الفرق بين ما اذا اقر المدعى عليه بالمدعى به في حضرة القاضي وبين ان يثبت اقراره المذكور بالبينة الشرعية لدى القاضي وقد اتفقوا على ان الثابت بالبينة كالثابت بالعيان وبهذا صرحت المادة ٧٥ وقد نقلنا في شرح المادة ١٦٥٢ عن فتاوي الانقروي معزيا للقنية ما نصه : باع بعشرة وكتب في الصك واشهد على نفسه بقبض الثمن ثم ادعى على المشتري انه اقر انه بقي عليه نصف الثمن واقام بينة ، تسمع .

قال استاذنا وان ما ذكره شيخ الاسلام يصح وجها له لكن الوجه الصحيح انه وان كان متناقضاً الا انه لما ادعى اقرار المشتري بذلك فقد ادعى تصديق الخصم فيه واثبته بالبينة والثابت بالبينة كالثابت بالعيان ولو عاين اقراره ببقاء شيء من الثمن تسمع دعوى البايع ولا يكون التناقض مانعا اه . فاذا سمعت دعوى الاقرار من المدعي اذا تناقض صريحا فلأن تسمع منه حال كون تناقضه موهوما مبنيًا على احتمال مجرد ، اولى ونقل في تكملة رد المحتار عن فتاوي الاسماعيلية ما نصه : فيما اذا كانت دار بين زيد وهند فوضع زيد يده على الدار المزبورة مدة تزيد على خمس عشرة سنة وطلبت هند منه في اثناء المدة ان يقسم لها حصتها واجابها الى ذلك ومات ولم يقسم لها فطالبت اولاده بحصتها في الدار فذكروا بان والدهم تصرف اكثر من خمس عشرة سنة ولم تدع عليه هند ولم يمنعها من الدعوى مانع شرعي فلا تسمع دعواها بذلك فهل تسمع دعواها حيث كان معترفا بان لها في الدار حصة اجاب تسمع دعواها حيث كان معترفا بان لها حصة اه

قال في التكملة بعد هذا الى غير ذلك من الاجوبة – الا انه لم يعز ذلك لاحد كما هو عادته لكن يؤيده اطلاق التنقيح ايضا اه ، قلت هو غير مطالب بالنقل لان المسئلة ليست من مسايل المذهب وانما هي مبنية على منع السلطان ايده الله قضاته عن سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة – الا اذا كان المدعى عليه مقراً ويكفيه نصا لما اجاب به ، اتفاقهم على ان الثابت بالبينة كالثابت بالعيان حتى ان الامر السلطاني صدر بهذا ايضا فالمطالب بالنص من زعم خلاف ذلك .

فان قيل ان صدور الامر السلطاني بعدم سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة ، انما كان لقطع مادة الحيل والتزوير وان مجرد اقامة البينة على الاقرار المذكور ، لا يخلوا عن هذا الاحتمال ، ولهذا اذا كان ذلك الاقرار مربوطا بسند حاو لخط المدعي او ختمه المعروفين تسمع اذ لا يبقى حينئذ اثر لاحتمال الحيلة والتزوير قلنا ان كون المدعى به في

يد المدعى عليه مدة تمنع من سماع الدعوى ، قد لا يثبت الا بشهادة شاهدين يقيمها المدعى عليه بعد انكار المدعي فلماذا سمعت بينته على ذلك ولم تسمع بينة المدعي على فراره مع ان احتمال التزوير قايم في الطرفين على ان هذا الاحتمال قايم في كل بينة يحكم لها القاضي ولم يامره الشرع الا الاحتيط في قبولها وذلك بالتزكية سراً وعلناً ونحو ذلك على ان اشتراط كون الاقرار مربوطا بسند حاو لخط المدعى عليه او ختمه يقال عليه لو ان المدعى عليه انكر خطه او ختمه فاثبات ذلك لا يخلو اما ان يكون باقامة بينة يقيمها المدعي فها قد قبلتم منه الدعوى على مدعي مرور الزمان وسمعتم عليه البينة واما ان يكون بطريق التطبيق بمعرفة اهل الخبره حسبما صرحت به المادة ١٦١٠ اخذاً باحد قولين للعلماء وحكمتم عليه بان الخط خطه والختم ختمه بما هو اضعف من البينة فلماذا سمعتم عليه الدعوى ها هنا ولم تسمعوها عليه بانه اقر او استأجر مع ان احتمال التزوير قائم في الوجهين وكذلك لو اعتذر المدعي عن تركه الدعوى تلك المدة المانعة بان المدعى عليه كان ذا شوكة وانكر المدعى عليه ذلك فهل يثبت كونه ذا شوكة الا باقامة شاهدين عدلين فلماذا سمعتم منه هذه الدعوى وقبلتم بينته على ذلك ولم تسمعوها على اقراره اي المدعى عليه بالمدعى به .

الوجه الثاني ان قوله فكما لا تسمع دعواه الاصلية كذلك لا تسمع دعوى الاقرار ، يقال عليه بان المنع من سماع دعوى المدعي بعد مرور الزمان كان مسببا عن تركه الدعوى تلك المدة مع تمكنه منها وهذا السبب لم يوجد في دعوى الاقرار الحادث فقياس دعوى الاقرار الحادث على دعوى التملك الذي مضى عليها مرور الزمان قياس مع الفارق وكيف لا تسمع دعوى اقرار لو ثبت لكان حجة على صاحبه وقد صرحت المادة التاسعة والسبعين ان المرأ مواخذ باقراره وقالوا انه لا عذر لمن اقر .

الوجه الثالث ما معنى كون الايجار معروفاً بين الناس وما المراد من

لام التعريف الداخلة على الناس هل للاستغراق فيكون مشاراً بها الى الحقيقة في ضمن كل فرد او الجنس فيكون مشاراً بها الى الحقيقة من حيث هي او العهد الخارجي فيكون مشاراً بها الى الحقيقة في ضمن حصة معينة من الجنس فان كان معنى كون الايجار معروفاً ان يكون متواتراً واللام للاستغراق النسبي المجازي بان يخبر به جم غفير لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب بحيث يفيد العلم الضروري ، كان هذا تضييقا عظيما يؤدي الى ضياع حقوق كثيرة فان كثيرا ما تكون دكان او دار او حانوت مشتركة بين رجل واخته مثلاً فيؤجرها الاخ بتفويضها ويقبض اجرتها ويدفع لاخته ما خصها من الاجرة كل سنة بسنتها ويمضي على ذلك زمان يمنع من سماع الدعوى وقليل من الناس من يطلع على ذلك وكثيراً ما يستأجر انسان دكانا او داراً او حانوتا وتبقى في يده مدة تمنع من سماع الدعوى وهو في كل سنة يدفع اجرتها وقليل من الناس من يعرف ان الدكان ملك فلان فاذا كان التواتر شرطاً لسماع دعوى الاخت او مالك الدكان ولقبول بينته ، ضاعت حقوق كثير من الناس - وان كان المراد بكون الايجار معروفا بين الناس ان يخبر به جماعة هم اكثر عدداً من نصاب الشهادة لكن لم يبلغ خبرهم حد التواتر ، فتكون اللام الداخلة على الناس ، مشاراً بها الى حصة معينة من الجنس وهي المسماة بلام العهد الخارجي فليت شعري بماذا يكون تعيين تلك الحصة هل بعدد محدود او بوصف معين وما مقدار ذلك العدد او ما هو ذلك الوصف فان هاتين المادتين لم توضحاه فهل توضيح ذلك مفوض الى رأي قضاة زماننا ووجدانهم هذا مشكل عظيم .

الوجه الرابع من المقرر ان عدم سماع الدعوى بعد مرور الزمان ، معلل بان ترك المدعي دعواه تلك المدة المانعة ، دليل على ان لا حق له بالمدعى به ظاهراً واذا كانت العلة ما ذكرنا فلا بد لمنع سماع دعواه من تحقق الترك ومعلوم ان هذا الترك لم يتحقق من تلك الاخت ولا من ذلك المدعي المؤجر في المثالين السابقين ما دام ان الاخت تدعي ان اخاها

كان يدفع لها ما خصها من الاجرة في كل سنة وذلك المدعي المؤجر يدعي ان المدعى عليه كان يستأجر منـه المدعى به في كل سنة وكل واحد يطلب ان يثبت ذلك بالبينة الشرعية او تحليف خصمه اليمين على ذلك اذ يكون حينئذ غير محتاج الى الدعوى لعدم المنازع له في ملكه فما اسهل اختلاس ذلك الاخ ملك اخته او ذلك المستأجر ملك مؤجره حيث لا تسمع على واحد منهما بينة ولا يكلف احدهمـا الى يمين لان كلاً من قبول البينة وتحليف اليمين فرع عن سماع الدعوى اذا تمهد هذا فلا بد من عرض هذه الاشكالات على المشيخة الاسلامية العظمى ليأمر بكيفية حلها وكشف مغلقها ٠

المادة — ١٦٧٥ — لا اعتبار لمرور الزمان في دعاوي المحال التي يعود نفعها للعموم كالطريق العام والنهر والمرعى مثـلاً لو ضبط احد المرعي المخصوص بقرية وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه اهل القرية تسمع دعواهم

لان التاركين للدعوى من هؤلاء العامة لو اقروا بصريح الاقرار ان الطريق او النهر او المرعى هو ملك فلان ، لا يكون اقرارهم نافذاً على من سواهم من اطفالهم وغيابهم ومن سيحدث من العامة — فكيف يكون مجرد تركهم الدعوى مانعاً من سماع دعوى هؤلاء وهـذا لأن حقوق هولاء لم تصل اليهم بالارث عن آبائهم مثلاً — حتى يقال ان ما يمنع منه المورث يمنع منه الوارث بل هي بالاصالة لكونهم من العامة على ان ذلك المتصرف لا يقتضي تصرفه ان يكون منبعثاً عن ملكيته الخاصـة فانه لكونه من جملة العامة له حق الانتفاع حال كون الباقين تاركين حقوقهم منه تأمل ٠

# الكتاب الخامس عشر

# فى البينات والتحليف

## ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب

### المقدمة

### في بيأن الاصطلاحات الفقهية

---

المادة ١٦٧٦ - البينة هي الحجة القوية .

المادة ١٦٧٧ - التواتر هو خبر جماعة لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب .

نقل العلامة المرحوم السيد محمود افندي الحمزاوي في كتابه المسمى ترجيح البينات انه لا بد لعدم التجويز المذكور ، من ان يكون دايما اول الخبر واوسطه واخره فافاد انه لو لم يدم بان اخبر جماعة غيرهم - بخلاف ما اخبر به الاخرون يخرج ذلك الخبر الاول عن كونه متواترا لان الشك قد تطرق لذلك العلم الذي حصل اولا فخرج عن كونه متواتراً لان التواتر يفيد العلم الضروري الذي لا يدخله الشك كما في البزازية وغيرها .

المادة ١٦٧٨ - الملك المطلق هو الذي لم يتقيد بسبب من

اسباب الملك كالارث والشراء والملك الذي يتقيد بمثل هـذه الاسباب يقال له الملك بالسبب .

قال الشارح اللبناني ولكن دعوى الارث وان كانت من قبيل الملك بسبب الا انها في حكم دعوى الملك المطلق على ما عليه الاكثر وسيتضح احكام ذلك اه .

اقول ليس هذا على اطلاقه بـل في بعض المسايل ولا خصوصية في هذا لدعوى الارث بل دعوى الشراء قد يكون لها حكم دعوى الملك المطلق كما سيأتي بيانه في الفصل الثاني من ترجيح البينات من الباب الرابع

المادة ١٦٧٩ — ذو اليد هو الذي وضع يده على عين بالفعل او الذي ثبت تصرفه تصرف الملاك

فذو اليد على المنقولات هو من شوهد المنقول في يده وذو اليـد على العقار هو من كان العقار في تصرفه تصرف الملاك لان كون العقار في يده لا يتصور الا كذلك .

المادة ١٦٨٠ — الخارج هو البري عن وضع اليد والتصرف بالوجـه المشروح

فذو اليد على الدار ، ساكنها لا من بيده مفتاح بيت منها لبناني عن الخيرية وفي الهنـدية من البـاب التاسع في دعوى الرجلين من كتاب الدعوى : لو تنازعا في دابة او قميص واحدهما راكبها او لابسه والاخر متعلق بلجامها او بكمه فالراكب واللابس ، اولى في كونه ذا اليد . واذا كان احدهما راكباً في السرج والاخر رديفه فالراكب اولى — بخلاف ما

اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما . ولو كان احدهما يقود الدابة والاخر يسوقها قضي بالدابة للقايد . واذا كان احدهما ممسكاً بلجام الدابة والاخر متعلقاً بذنبها . قال مشايخنا : ينبغي ان يقضى للذي هو ممسك بلجامها . واذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى . دابة تنازع فيها رجلان لاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق او مخلاة معلقة ، فصاحب الحمل اولى . رجل يقود قطاراً من الابل وعلى بعير منها رجل راكب وادعى الراكب والقايد كل منهما الابعرة كلها قال ان كان على الابعرة حمولة للراكب ، فالابل كلها للراكب والقايد اجير وان كانت الابعرة عراة فللراكب البعير الذي هو عليه والباقي للقايد هشام عن محمد رحمه الله تعالى . في قطار ابل على البعير الاول رجل راكب وعلى وسطها رجل وعلى اخرها رجل وادعى كل واحد منهم القطار كله ، فلكل واحد البعير الذي هو راكبه وما بين البعير الاول والاوسط ، للاول وما بين الاوسط والاخر ، بين الاول والاوسط نصفين وليس للاخر الا ما ركبه فان قامت لهم بينة فما ركبه كل واحد منهم بين الاخرين نصفين والذي بين الاول والاوسط ، بين الاوسط والاخر نصفين والذي بين الاوسط والاخر ، نصفه للاخر ونصفه بين الاول والاوسط نصفين اه . وتمامه فيها (١) وفي البزازية من نوع في اثبات اليد من

---

(١) ذكر عبارة الهندية من الفصل الرابع في تنازع الايدي ، اولى من عبارة البزازية المذكورة ونصها عن الظهيرية ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى اجمة او غيضة تنازع فيها فريقان كل فريق يدعي انها له وفي يديه وشهد الشهود لاحد الفريقين انها في يديه او للفريقين انها في ايديهما فان لم يسئلها القاضي عن تفسير ذلك ولم يزيدوا على ما ذكر ، فهو مستقيم وان سئلهم عن تفسير ذلك فهو اوفق واحسن ثم بين ما تعرف به اليد على الغيضة والاجمة فقال في الغيضة اذا كان يقطع الاشجار ويبيعها او ينتفع بها منفعة تقرب منها وقال في الاجمة اذا كان يقطع القضيب ويأخذها للصرف الى حاجة نفسه او للبيع او ما لشبه ذلك اه هكذا يوجد بخط المؤلف .

الدعوى عن الاقضية : واليد على الاجمـة والغيضة تثبت بقطع الشجرة وبيعها بلا منازع ولو شهدوا في الاجمة والغيضة بانها في يده ، تقبل بلا تفسير كيفية اليد وان سألهم الحاكم عن الكيفية فهو احوط وان قالا في الشهادة رأينا غلمانه ودوابه يدخلون في هـذه الدار لا يقضى باليد حتى يقولوا كان ساكناً فيها اهـ . وفيها : وان غلب انسان على ملك غيره واحدث فيه يداً لا يجعل بالغلبة صاحب اليد واليد لا تثبت على العقار الا بالبينة وان علم الحاكم باحداث يده امره بالرد الى الاول وان انكر المتغلب الاحداث حلفه بطلب الخصم اهـ . وفيها عن الفتاوي الصغرى : اذا ادعى على آخر ضيعة فاقر المدعى عليه انها في يده فاقام المدعي البينـه انها ملكه وقضى القاضي بذلك لا ينفذ قضاؤه ما لم يعرف القاضي انها في يده او قامت البينة عليه اهـ . — وهو يفيد انه يكفي لثبوت اليد معرفة القاضي بها وعبارة الهندية : اذا تنازع رجلان في دار يدعي كل واحد منهما انها في يده فان عرف القاضي كون الدار في يد احدهما جعله صاحب اليد وان لم يعرف كونها في يد احدها وعرف انها ليست بيـد ثالث فكل واحد منهما مدع ومدعى عليه فان اقاما البينة على اليد قضي لهما وتجعل الدار في ايديهما . ولو وجدها في يد ثالث ينزعها من يده عند طلبهما وقبل ذلك لا ينزعها من يد ثالث . وان قامت لاحدهما بينة قضي باليد له وان لم تكن لهما بينة ولا لاحدهما ، يحلف كل منهما على صاحبه فان حلفا برىء كل واحد عن دعوى صاحبه ويوقف القاضي الدار الى ان تظهر حقيقة الحال ولا يجعلها في يد واحد منهما وان نكل احدهما عن اليمين وحلف الاخر ، لم يجعلها القاضي في يد الحالف — ولكن يمنع الناكل من ان يتعرض للدار وان وجد القاضي الدار في يد الثالث لا ينزعها من يد الثالث اهـ وفي التكملة عن البحر : اخذ عيناً من يد آخر وقال اني اخذته من يده لانه كان ملكي وبرهن عـلى ذلك ، تقبل لانه وان كان ذا يد بحكم الحال لكنه لما اقر بقبضه منه فقد اقر ان ذا اليد في الحقيقة هو الخارج . ولو غصب ارضاً وزرعها فادعى رجـل انها له

وغصبها منه فلو برهن على غصبه واحداث يده يكون هو ذا يد والزارع خارجاً ولو لم يثبت احداث يده فالزارع ذو يد والمدعي خارج ولو كان بيده عقار فاحدث الآخر عليه يده لا يصير به ذا يد فلو ادعى عليه انك احدثت اليد وكان بيدي فانكر يحلف وبه علم ان اليد الظاهرة لا اعتبار لها اهـ .

المادة ١٦٨١ — التحليف هو تكليف اليمين على احد الخصمين

المادة ١٦٨٢ — التحالف هو تحليف الخصمين

المادة ١٦٨٣ — تحكيم الحال يعني جعل الحاضر حكما هو من قبيل الاستصحاب والاستصحاب هو الحكم ببقاء امر محقق غير مظنون عدمه وهو بمعنى ابقاء ما كان على ما كان

اختلف في حجية الاستصحاب كما في الاشباه فقيل انه حجة مطلقاً وقيل انه حجة للدفع لا للاستحقاق اي لا للاثبات — بمعنى انه لدفع الزام الغير لا لالزام الغير . وقيل انه ليس بحجة مطلقاً لا في الدفع ولا في الاستحقاق وهذا هو الارجح عند المحققين كما في التحرير — اما عدم حجيته في الاستحقاق فلأن الاثبات الاصلي علة للثبوت لا للبقاء فلا يوجبه الاثبات كما ان الايجاد علة للوجود لا للبقاء فلا يوجبه الايجاد ولو كان الايجاد موجباً للبقاء كما كان موجباً للوجود ، لما تصور الافناء بعد الايجاد لاستحالة الفناء مع البقاء فلما صح الافناء ، علم ان الايجاد لا يوجب البقاء فتقرر بهذا ان الاستصحاب لا يكون حجة في الدفع كما لا يكون حجة في الاستحقاق . وقوله في هذه المادة وهو بمعنى ابقاء ما كان على ما كان يشير الى اختيار قول المحققين لافادته ان الدفع عبارة عن استمرار

العدم لان العدم قد كان فيبقى على ما كان فافهم .

# الباب الاول

# فى الشهادة

ويشتمل على ثمانية فصول

## الفصل الاول

### في بيان تعريف الشهادة ونصابها

المادة ١٦٨٤ - الشهادة هي الاخبار بلفظ الشهادة يعني يقول اشهد باثبات حق احد هو في ذمة الاخر في حضور الحاكم ومواجهة الخصمين فيقال للمخبر شاهد وللمخبر له مشهود له وللمخبر عليه مشهود عليه وللحق مشهود به .

قوله بقول اشهد اي لا بغيره - كأعلم واتيقن والحقق قال في الدر لتضمنه معنى مشاهدة وقسم واخبار للحال فكأنه يقول اقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وانا اخبر به وهذه المعاني مفقودة في غير هذا اللفظ فتعين - حتى لو زاد فيا اعلم بطل للشك اه . وقوله باثبات حق ، كذا في ترجمة الجوائب والصواب لاثبات حق باللام وهي تتعلق باخبار

يعني ان الشهادة هي الاخبار لاجل اثبات حق احد على آخر بلفظ اشهد . وقوله في حضور الحاكم المراد منه ان يكون الاخبار في مجلس الحكم فاخبار الحاكم في غير مجلس الحكم لا يعتبر شهادة ، وان كان بلفظ اشهد كما سيأتي في المادة ١٦٨٧ ثم ان كان الحاكم منصوب الامام وجب ان تكون الشهادة في المجلس الذي عينه له الامام للحكم وفي محل ولايته ، ولن كان محكما من المتداعيين فلا يتقيد حكمه في مجلس دون مجلس بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه فوجب ان تكون الشهادة فيه كما في التكملة . وخرج بقوله لاثبات حق ، ما يقوله القايل في مجلس الحكم اشهد برؤية كذا لبعض العرفيات فهو ليس بشهادة . وقوله ومواجهة الخصمين لم يذكره الفقهاء في تعريف الشهادة – نعم ذكر في التنوير وشرحه الدر من الشهادة ما نصه : وهي اي الشهادة ان كانت على حاضر يحتاج الشاهد الى الاشارة الى ثلاثة مواضع اعني الخصمين والمشهود به لو عيناً لا ديناً – وان على غايب او ميت ، فلا بد لقبولها من نسبته الى جده الخ اه . معلوم ان هذا يستلزم ان تكون الشهادة بمواجهة الخصمين اذ لا تمكن الاشارة المذكورة حال غيبتهما او غيبة احدهما ثم ان المراد بالخصمين ما يشمل وكيل كل منهما او وصيه ففي الخانية : ادعى ديناً على رجل فوكل المدعى عليه رجلين بالخصومة فاقام المدعي شاهداً على احد الوكيلين وشاهداً على الوكيل الاخر جاز – وكذا لو اقام شاهداً على الموكل وشاهداً على الوكيل او اقام على المدعى عليه شاهداً وعلى وصيه او وارثه بعد موته شاهداً او كان للميت وصيان فاقام المدعي على احدهما شاهداً وعلى الاخر شاهداً جاز اه .

المادة ١٦٨٥ – نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان او رجل وامرأتان ولكن تقبل شهادة النساء وحدهن في حق المال فقط

في المحال التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها

كالولادة فان شهادة المرأة الواحدة في حق الأرث ، تقبل عندهما خلافا لابي حنيفة . وبقولهما قال الشافعي واحمد وهو ارجح كما في الفتح . واما في حق ثبوت النسب فتقبل اجماعا وكاستهلال المولود فان ثبوته بشهادتها على الخلاف السابق في حق الارث – واما في حق الصلاة فيثبت اجماعا ولا تقبل شهادة الرجل فيها لان اطلاعه على ذلك فسق ان تعمده حتى لو قال في شهادته لم اتعمد النظر ولكن فاجأتها فاتفق نظري عليها ، تقبل اذا كان عدلا لانه اذا جاز قبول امرأة واحدة فقبول رجل واحد اولى وفي المنح عن السراج : وقال بعض مشايخنا تقبل شهادته ايضا وان قال تعمدت النظر اليها اه .

وفي الزيلعي ما يفيد ارجحية القبول وان تعمد النظر لاجل تحمل الشهادة افاده في التكملة – وكالبكارة فانه لو ادعت على زوجها انه عنين وادعى انه وصلها فشهدت امرأة انها بكر ، يؤجله القاضي سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها وانكرت ، يريها النساء فان قلن انها بكر يخيرها فان اختارت الفرقة فرق للحال كذا في شروح الهداية – وكعيوب النساء فيما لا يطلع عليه الرجال كالقرن والرتق والثيوبة فلو اشترى امة فادعى انها قرناء او رتقاء واراد ردها بالعيب وانكر البايع ، او اشتراها على انها بكر ثم اراد ردها بدعوى انها ثيب وانكر البايع يريها القاضي النساء ويقبل شهادتهن في قيامه للحال . ثم ان كانت الدعوى بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البايع – وان قبل القبض يرد بشهادتهن عند محمد وهو قول ابي يوسف لاخر والمرأة الواحدة والمراتان سواء والمراتان اوثق واما عيب الحبل فيثبت بقول النساء في حق الخصومة ولا ترد بشهادتهن كذا في التكملة عن الخانية ونقل مثله عن المنح وليس فيه رجوع ابي يوسف الى قول محمد واقتصر في الفتح على قول ابي حنيفة وهو عدم الرد سواء قبل القبض او بعده فقال ما حاصله ان شهادة النساء

بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال ، حجة اذا تايدت بمؤيد والا تعتبر لتوجه الخصومة ، لا لالزام الخصم فلو اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده في بكارتها يريها النساء. فان قلن انها بكر لزمت المشتري لتأييد شهادتهن بمؤيد هو الاصل وهو البكارة – وان قلن هي ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البايع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها ، حلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري اه .

واعلم ان قوله في حقوق العباد يشمل ما لو كان ذلك الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والعتاق والعدة والحوالة والوقف والصلح والوكالة والوصية ونحو ذلك كالرجعة والنسب والهبة والاقرار والابراء.فتح. ثم تقييد كون نصاب الشهادة ما ذكر في حقوق العباد لان نصاب الشهادة في حد الزنا اربعة رجال لقوله تعالى ( واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ) ولقوله تعالى ( ثم لم يأتوا باربعة شهدآء ) ولفظ اربعة نص في العدد والذكورة كما في البحر . وجه هذا الاشتراط انه تعالى يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب لمن احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين وفي اشتراط الاربع ووصف الذكورة ، تحقيق معنى الستر وشرط للقصاص . ولبقية الحدود رجلان ( لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ) فلا تقبل شهادة النساء لقول الزهري مضت السنه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص – ولشبهة البدلية لانها قايمة مقام شهادتهم والحال ان الحدود والقصاص تندرىء بالشبهات كذا في مجمع الانهر . وشمل القصاص ما كان في النفس وما دونها . وقيد بالقصاص لما في الخانية ولو شهد رجل وامرأتان في قتل الخطأ او بقتل لا يوجب القصاص ، تقبل شهادتهم وكذا الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي لان موجب هذه الجناية المال فتقبل فيه شهادة النساء مع الرجال اه .

# تنبيه

قال في الدر نقلاً عن البرجندي عن الملتقط ان المعلم اذا شهد منفرداً في حوادث الصبيان تقبل شهادته اه فليحفظ

واطلاق المعلم يشمل معلم الحرفة . فما في الدر ايضاً عن القهستاني من التقييد بصبيان المكتب ، الظاهر انه اتفاقي تكملة عن ابي السعود وفي تكملة رد المحتار ان الحموي ذكر في شرحه عن الحاوي القدسي تقبل شهادة النساء وحدهن في القتل في الحمام في حكم الدية ، لئلا يهدر الدم ومثله في خزانة الفتاوي اه .

وفيه عن الحموي عن الملتقط من كتاب المواريث : ادعت امرأة الميت انها حبلى ، تعرض على امرأة ثقة او امرأتين فان لم يوقف على شيء من علامات الحمل ، قسم ميراثه فان وقف على شيء من علامات الحمل توقف نصيب ابنين . ونحوه عن ابي يوسف ومحمد اه معزيا الى ط وفي الاشباه مع زيادة شرحه للحموي : يقبل قول الواحد العدل في احد عشر موضعاً كما في منظومة ابن وهبان في تقويم المتلف يعني لو اتلف شخص لشخص شيئاً وادعى ان قيمته كذا وانكر المدعى عليه ان يكون ذلك القدر قيمته ، يقبل قول الواحد العدل في قيمته ونقل في البحر من باب خيار العيب عن البزازية انه يحتاج الى تقويم عدلين لمعرفة النقصان فيحتاج الى الفرق . ثم استثنى من التقويم تقويم نصاب السرقة فلا بد من اثنين . الثاني في الجرح والتعديل وهذا في تزكية السر وقال محمد لا بد من اثنين الثالث في الترجمة اي يقبل قول الواحد العدل في الترجمة عن من لا يعرف القاضي لغته من الاخصام وقال محمد لا يكتفى بالواحد الرابع في جودة المسلم فيه ورداءته يعني اذا ادعى المسلم اليه جودة المسلم فيه وانكر المسلم او عكسه يكفي فيه قول الواحد العدل .

ج — ٥

الخامس في الاخبار بالافلاس بعد مضي المدة يعني اذا اخبر القاضي بافلاس المحبوس بعد مضي مدة الحبس اطلقه . السادس في رسالة القاضي الى المزكي . السابع في اثبات العيب يعني يقبل قول الواحد العدل في اثبات العيب الذي يختلف فيه البايع والمشتري . الثامن في رؤية هلال رمضان اذا كان في السماء علة وهذا ظاهر المذهب وعند الحسن يقبل بلا علة . التاسع في اخبار الشاهد بالموت هو المختار كما في الفتح وصحح في الظهيرية ان الموت كغيره لا بد فيه من اخبار عدلين . العاشر في تقدير ارش المتلف . الحادي عشر يقبل قول امين القاضي اذا اخبر بشهادة شهود على عين تعذر حضورها كما في دعوى القنية — بخلاف ما اذا بعثه لتحليف المخدرة فقال حلفتها لم تقبل الا بشاهد آخر معه كما في الصغرى اه ما في الاشباه وشرحه للحموي .

اقول الظاهر ان المراد بقول الاشباه وفي اخبار الشاهد بالموت ، ان المرأة اذا اخبرها واحد عدل بموت زوجها الغايب ، حل لها ان تعتد وتتزوج بغيره . ويحتمل ان اخبار ، مضاف الى مفعوله فالمراد ان الشاهد اذا اخبره من يثق به بموت احد حل له ان يشهد بالموت بناء على اخباره وان لم يقبل المخبر اشهد كما سيأتي . وقوله وصحح في الظهيرية ان الموت كغيره الخ سيأتي تصحيح خلافه وان عليه الفتوى . وهذا اذا وقع في قلبها صدقه . وقوله وفي تقدير ارش المتلف يظهر لي انه مكرر مع قوله في تقويم المتلف ولم ينبه عليه الحموي وليتأمل ولعل المراد بالارش ارش الجناية .

## المادة ١٦٨٦ — لا تقبل شهادة الاخرس والاعمى

لان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وهي غير معتبرة لشبهها بنغمة اخرى مجمع

الانهر . واطلق الاعمى فشمل الاعمى وقت الشهادة قبل التحمل او بعده خلافا لابي يوسف فيما اذا تحملها بصيراً . وهذا الخلاف فيما اذا شهد بالدين او العقار اما لو شهد بالمنقول ، فلا تقبل شهادته مطلقاً اتفاقاً لانه في المنقول يحتاج الى الاشارة اليه - بخلاف الدين فانه يعرف ببيان الجنس والوصف . والعقار بالتحديد وكذا في الحدود لا تقبل اتفاقاً مجمع الانهر وشمل اطلاقه ايضاً ما اذا عمي بعد الاداء قبل القضاء قال في الهداية : ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عندهما خلافاً لابي يوسف لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء ، لصيرورتها حجة عنده وصار - كما اذا خرس او جن او فسق - بخلاف ما اذا مات الشاهد او غاب لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت . وشمل ايضاً ما كان طريقه السماع كما اذا شهد بالنسب او الموت وما تجوز الشهادة عليه بالشهرة والتسامع خلافاً لابي يوسف ايضا . وهذه الخلافات في الاعمى اما الاخرس فلا تقبل شهادته مطلقا اتفاقا لان لفظ الشهادة لا يتحقق منه اذ لا عبارة له اصلاً - بخلاف الاعمى اهـ ملخصا . من البحر والتكملة .

اقول ذكر في البزازية في الباب الثاني فيما يقبل وما لا يقبل من الشهادات معزيا للنصاب ، ان شهادة الاعمى تقبل فيما تجوز به الشهادة بالسماع كالنسب والموت واقتصر عليه ولم يذكر فيه خلافاً . ولا تقبل شهادة المملوك والصبي كما في البحر ، لانهما اي الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لهما على انفسهما فكيف على غيرهما - الا انهما اهل لتحمل الشهادة حتى لو تحملاها في الرق والصغر فاديا بعد العتق والبلوغ ، يجوز لان التحمل ، بالمشاهدة والسماع و يبقى الى وقت الاداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك اذا صار اهلاً للاداء بحر . وهذا بخلاف الاعمى فانه ليس اهلاً لتحمل الشهادة كما في الدر وحواشيه . ثم ان الصغير انما يكون اهلاً لتحمل الشهادة اذا كان مميزاً والا كان مثل المجنون كما في التكملة . ولم يذكر المص يعني صاحب الكنز المجنون ولا خفاء في عدم قبول شهادته اهـ

وفي الخانية : واهلية الشهادة انما تكون بالعقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه فلا تقبل شهادة الصبيان والمجانين . والمعتوه بمنزلة المجنون اه . وفي البحر عن المحيط : ومن يجن ساعة ويفيق ساعة فشهد في حال الصحة تقبل شهادته لان ذلك بمنزلة الاغماء . والاغماء لا يمنع قبول الشهادة وقدر بعض مشايخنا جنونه بيوم او يومين حتى لو جن يوماً او يومين ثم افاق فشهادته جائزة في حال الصحة اه . وهو يفيد انه لو جن اكثر من يومين ثم افاق، لا تقبل شهادته في حال الصحة وفي البحر ايضاً عن المحيط : قال محمد في رجل اعجمي صوّام قوام مغفل يخشى عليه ان يلقن فيؤخذ به : قال هذا شر من الفاسق في الشهادة وعن ابي يوسف اجيز شهادة المغفل ولا اجيز تعديله لان التعديل يحتاج فيه الى الراي والتدبير والمغفل لا يستقصي في ذلك اه . وهو يفيد ترجيح قول محمد لان ما عن ابي يوسف رواية عنه ولهذا اقتصر في الدر على قول محمد وقد نقل في التكملة عن ابي يوسف ايضا انه قال انا نرد شهادة اقوام نرجو شفاعتهم يوم القيامة معناه ان شهادة المغفل وامثاله لا تقبل وان كان عدلاً صالحاً اه . معزيا للتاترخانية ونقل عن مؤيد زاده ان من اشتدت غفلته لا تقبل شهادته اه وفي البحر عن الخلاصة : متى ردت شهادة الشاهد لعلة ثم زالت العلة فشهد في تلك الحادثة لا تقبل — الا في اربعة العبد والكافر على المسلم والاعمى والصبي اذا شهدوا فردت ثم زال المانع فشهدوا في تلك الحادثة فانها تقبل اه — فعلى هذا لا تقبل شهادة الزوج والاجير والمغفل والمتهم والفاسق بعد ردها اه ما في البحر — بخلاف الاربعة المستثناة وقول الخلاصة : والاعمى والصبي يعني اذا كان تحملها الاعمى بصيراً والصغير مميزاً لما علمت من ان البصر والتمييز شرط لصحة تحمل الاعمى والصغير .

المادة ١٦٨٧ — لا تعتبر الشهادة التي تقع في خارج مجلس المحاكمة

لان شرط الشهادة مجلس القضاء كما تقدم في المادة ١٦٨٤ وشرحها موضحا فليراجع .

## الفصل الثاني

### في بيان كيفية اداء الشهادة

المادة ١٦٨٨ — يلزم ان يكون الشهود قد عاينوا بالذات المشهود به وان يشهدوا على ذلك الوجه

يعني لا يحل للشاهد ان يشهد بشيء ما لم يكن عاينه فيشهد بما سمع ان كان من المسموعات وبما راى ان كان من المرئيات فيصدق على كل من المسموع والمرئي انه معين وها هنا فوايد لا بد من ذكرها والتنبيه عليها .

الفائدة الاولى ان ما يتحمله الشاهد على نوعين احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم ، صح او راى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل ، جاز له ان يشهد به وان لم يُشهد عليه فيقول اشهد انه باع اشهد انه قضى . فلو كان البيع بيع معاطاة ففي الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون على البيع كالقولي واذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها

يقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب لا يجوز ان يشهد . ولو فسر للقاضي بان قال اشهد بالسماع من وراء حجاب لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه ، له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة . وفي المحيط : شهدا على امراة سمياها ونسباها وكانت حاضرة فقال القاضي اتعرفانها فقالا لا نعرفها لا تقبل شهادتهما ولو قالا تحملناها على المسماة بفلان بنت فلان الفلانية ولا ندري انها هذه ام لا ، صحت الشهادة وكلف المدعي ان يأتي باخرين يشهدان انها فلانة بنت فلان — بخلاف الاول لانهما هناك اقرا بالجهالة فبطلت الشهادة . وانما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه اي علم المسوغ لاداء الشهادة وقد قال الله تعالى ( الا من شهد بالحق وهم يعلمون ) فافاد ان من شهد عالماً بحق كان ممدوحاً وقال عليه الصلاة والسلام ( اذا علمت مثل الشمس فاشهد ) وامر بالشهادة عند العلم يقيناً فمن هذا صرحوا بانه لو قال لا تشهد علي بما سمعته مني ثم قال بحضرته لرجل بقي لك علي كذا حل له بل يجب ان يشهد عليه . وفي الخلاصة اشترى عبداً وادعى على البايع عيبا به فلم يثبته فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فانكر فالذين سمعوا منه حل لهم ان يشهدوا على العيب في الحال اه .

النوع الثاني من الشهادة مالا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء . فلا بد من الانابة والتحميل فاذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته ما لم يشهده اي يأمره بأن يشهد على شهادته على ما سيأتي بيانه في باب الشهادة على الشهادة — وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد ، لانه ما حمله وانما حمل غيره

الفايدة الثانية لا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا اذا تذكر شهادته التي صدرت منه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان

هذا الجزم ليس بجزم – بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم . قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق – يعني ان القول بانه لا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الخ ، متفق عليه وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة الشاهد في ديوانه او راى حكمه فيه لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره . وعلى هذا الخلاف اذا تذكر الشاهد المجلس الذي كان فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت اهـ ملخصاً من الهداية وشروحها . ونقل في التكملة عن الجوهرة ، ان عدم حل الشهادة اذا راى خطه ولم يتذكر الحادثة هو قولهما وقال ابو يوسف يحل له ان يشهد . وفيها عن البزدوي الصغير اذا استيقن انه خطه وعلم انه لم يُزد فيه شيء بان كان مخبوء عنده او علم بدليل آخر انه لم يزد فيه لكن لا يحفظ ما سمع فعندهما لا يسعه ان يشهد وعن ابي يوسف يسعه وما قاله ابو يوسف هو المعمول به وقال في التقويم قولهما هو الصحيح اهـ . وفي البحر وجوز محمد للكل اي للشاهد والقاضي والراوي الاعتماد على الكتاب اذا تيقن انه خطه وان لم يتذكر ، توسعة للامر على الناس وجوزه ابو يوسف للراوي والقاضي دون الشاهد اهـ . فانت ترى الرواية عن الصاحبين مضطربة فالظاهر ان عن كل واحد منهما روايتين قال في البحر وقال شمس الائمة الحلواني : ينبغي ان يفتى بقول محمد وهكذا في الاجناس كذا في الخلاصة وجزم في البزازية بانه يفتى بقول محمد وفي المبتغى بالغين المعجمة من وجد خطه وعرفه ونسي الشهادة وسعه ان يشهد اذا كان في حوزه وبه نأخذ اهـ . وعزاه في البزازية الى النوازل . وفي الفتح اني ارى انه اذا كان محفوظاً ماموناً عليه من التغيير كأن يكون تحت ختمه في خريطته المحفوظة عنده ، ان يترجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط ورأينا كثيراً تتحاكى خطوطهم وبهذا اجاب محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى فيمن

نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه ان يشهد قال اذا كان الخط في حرزه يسعه ان يشهد اﻫ . وذكر في رد المحتار من باب كتاب القاضي الى القاضي معزياً للحموي ما نصه : قال في خزانة الاكمل اجاز ابو يوسف ومحمد العمل بالخط في الشاهد والقاضي والراوي ، اذا راى خطه ولم يتذكر الحادثة قال في العيون والفتوى على قولهما ، اذا تيقن انه خطه سواء كان في القضاء او الرواية او الشهادة على الصك ، وان لم يكن الصك في يد الشاهد ، لان الغلط نادر واثر التغيير يمكن الاطلاع عليه وقلما يشتبه الخط من كل وجه فاذا تيقن جاز الاعتماد عليه توسعة على الناس اﻫ .

قلت وقد علمت ما اختاره في الفتح وما اجاب به محمد بن مقاتل . ثم هذا كله في حل الشهادة وعدمه اما لو فسر للقاضي بقوله اني اشهد من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطي لم تقبل شهادته كما في الفتح وانما اكثرنا النقول في هذه المسئلة ، لانها كثيرة الوقوع في الشاهد وقد كان شيخنا العلامة الورع الزاهد الشيخ سليم صافي تغمده الله برضوانه اذا تحمل شهادة يكتبها في خطه في دفتر صغير مخصوص محفوظ معه لا يفارقه اصلاً وكان يأمرنا بذلك ويقول هذا له فائدتان الاولى انه كل مدة يراجعها فلا تذهب الحادثة عن ذاكرته . الثانية انه لو فرض انه نسيها يأخذ بقول محمد على وجه لا تردد فيه . الفائدة الثالثة ان من كان في يده شيء سوى الآدمي وسعك ان تشهد انه له فمن رأى عيناً سوى الآدمي في يد انسان ثم راها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك ، وسعه ان يشهد للمدعي لان الملك يعرف بالظاهر . واليد بلا منازع ، دليل ظاهر فيه لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها . وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له فان وقع في قلبه انه ملك غيره لا يحل له ان يشهد بالملك لذي اليد قال الصدر الشهيد : ويحتمل ان يكون قول ابي يوسف المذكور قول الكل وبه نأخذ وقال ابو بكر الرازي هذا قولهم جميعاً . ووجهه ان الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف فعند

تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوغاً بسبب افادتها ، ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك فلا ظن فلم يفد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا رأى انسان درة ثمينة في يد كناس او كتاباً في يد جاهل ليس في آبائه من هو اهل له ، لا يسعه ان يشهد بالملك له فعرف ان مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك الد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف وهو قول مالك لان اليد تتنوع الى ملك ونيابة وضمان . قلنا وكذا التصرف ايضاً فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف كذا في الفتح .

قلت وعبارة متن الملتقى هكذا : من راى شيئاً سوى الادمي في يد متصرف فيه تصرف الملاك يشهد انه له اي للمتصرف ان وقع في قلبه ذلك اه . وهذا ظاهر باختيار ما قاله الخصاف من اشتراط التصرف . وفي حاشية الشلبي عن الولوالجي بعد كلام : ولهذا قالوا من رأى عينا في يد انسان لا يحل له ان يشهد بالملك بمجرد اليد ولو رآه يتصرف فيه تصرف الملاك حل له ان يشهد بالملك لهذا اه — لكن اطلاق عامة المتون وصريح الشروح المعتبرة ، يخالفه قال الزيلعي وشرط النسفي في الكافي التصرف مع اليد وان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة الاحاطة والتيقن وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو اليد فيكتفي بظاهرها تيسيراً اه . ويشترط ايضا ان لا يخبره عدلان بانه لغيره فلو اخبراه لم تجز له الشهادة بالملك له كما في البحر عن الخلاصة — بخلاف ما اذا شهد به عدل واحد لان شهادة الواحد لا تزيل ما كان في قلبك انه للاول فلا يحل لك ان تمتنع عن الشهادة — الا ان يقع في قلبك ان هذا الواحد صادق فحينئذ لا يحل لك ان تشهد به له اه تكملة عن حاشية الشلبي . ثم ان المسئلة على اربعة اوجه — ان يعاين المالك والملك يعني المملوك بان عرف المالك باسمه ووجهه ونسبه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازع ووقع في قلبه انه له ثم رآه في يد آخر فجاء الاول وادعاه وسعه ان يشهد للاول بالملك بناء على يده الثاني

ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكاً بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص، حل له ان يشهد له استحساناً. والقياس ان لا تجوز، لان الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له. وجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوماً بالتسامع ايضا. فلو كان المالك امرأة لا تخرج ولا يراها الرجال — فان كان الملك مشهوراً انه لها جاز ان يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة. الثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك بل سمع ان لفلان بن فلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها، لا يحل له ان يشهد بالملك له لانه مجازف في هذه الشهادة. الرابع ان يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة وسمع ان له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود كذا في الفتح وغيره. وفي البزازية شهدا ان فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثاً ولم يدركا الميت، فشهادتهما باطلة لانهما شهدا بتلك لم يعاينا سببه ولا رأياه في يد المدعي. ولو شهدا دابة تتبع دابة وترضع منها له ان يشهد بالملك والنتاج اهـ ط. وفي البحر ولو رآه على حمار يوماً لم يشهد انه له لاحتمال انه ركبه بالعارية. ولو رآه على حمار خمسين يوما او اكثر ووقع في قلبه انه له وسعه ان يشهد انه له، لان الظاهر ان الانسان لا يركب دابة مدة كثيرة الا بالملك اهـ. كذا في التكملة واتفقوا انه لو قيد شهادته لدى القاضي بمعاينة اليد لا تقبل. الفائدة الرابعة لو راى انساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد بكونه قاضيا وان لم يعاين تقليد الامام اياه لان ذلك علامة ظاهرة. الفائدة الخامسة من راى رجلًا وامرأة يسكنان معا في بيت وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج حل له ان يشهد بانها زوجته، وان لم يعاين عقد النكاح. وشرط الزيلعي مع هذا ان يسمع من الناس انها زوجته قال

ج - ٥

في العناية . فان سئله القاضي هل كنت حاضراً وقت النكاح فقال لا تقبل شهادته لانه يحل له ان يشهد بالتسامع كما يشهد بامهات المؤمنين ازواج النبي صلى الله عليه وسلم فعلى الرؤية اولى . وقيل لا تقبل لانه لما قال لم اعاين العقد تبين للقاضي انه شهد بالتسامع ولو قال اشهد لاني سمعت لا تقبل فكذا هذا اهـ . وبحث فيه في حاشيتها لسعدي افندي بان قوله لم اعاين العقد لا يلزم منه انه شهد بالتسامع لجواز انه شهد لرؤيته الانبساط المذكور اهـ . موضحاً وهو يفيد بانه لو صرح بقوله

---

اشهد لاني رايتها منبسطين انبساط الازواج تقبل شهادته . الفائدة السادسة ان من شهد دفن فلان او صلى على جنازته حل له ان يشهد بموته ، وان لم يعاين موته ، لان هذا معاينته حتى لو فسر للقاضي انه لم يعاين موته وانما دفنه او صلى عليه قبله لانه لا يدفن ولا يصلى عليه الا الميت كذا في الهداية وشروحها .

ولا يجوز ان يشهدوا بالسماع يعني ان يشهد الشاهد بقوله سمعت من الناس ولكن اذا شهد بكون محل وقفاً او بوفاة احد بقوله سمعت من الثقة يعني لو قال اشهد بهذا لاني سمعت من ثقة هكذا تقبل شهادته وتجوز شهادة الشاهد في خصوص الولاية والنسب والوقف والموت بالسماع من دون ان يفسر وجه شهادته يعني بدون ان يتكلم بلفظ السماع مثلاً لو قال ان فلاناً كان بالتاريخ الفلاني والياً او حاكماً في هذه البلدة وان فلاناً مات في وقت كذا وان فلاناً هو ابن فلان اعرفه هكذا فشهد بصورة قطعية من دون ان يقول سمعت تقبل شهادته وان لم يكن قد عاين هذه الخصوصات وان لم يكن سنه مساعداً لمعاينة ما شهد

به - وايضاً اذا لم يقل سمعت من الناس بل شهد قائلًا بانا لم نعاين هـذا الخصوص - لكنه مشتهر بيننا بهذه الصورة نعرفه هكذا تقبل شهادته .

وكذا الشهادة بالنكاح و بالدخول بالزوجة فالمسايل المستثناة من قولهم لا تحل الشهادة بالتسامع ستة على ما في الكنز والملتقى والهداية والتنوير وسقط من متن القدوري الوقف والمراد بالولاية ما يعم ولاية الامير كما في البحر ، وقد نظم ذلك بعضهم في بيتين فقال :

| | |
|---|---|
| افهم مسائل ستة واشهد بها | من غير روءياها وغير وقوف |
| نسب وموت والولاد وناكح | وولاية القاضي واصل وقوف |

وقوله والولاد هكذا وجـدته في رد المحتار والتكملة - والصواب ابداله بالدخول لان الولاد داخل في النسب ولذا لم يذكر في المتون ولا في غيرها . والحق بها في الدر نقلًا عن شرح الوهبانية العتق والولاء عند الثاني والمهر على الاصح وشرائط الوقف عـلى المختار - لكن ذكر في التكملة ان المعتمد عـدم القبول في العتق والولاء وان القبول في المهر احدى روايتين عن محمد صححها في البزازية والظهيرية والخزانة ، لانها من توابع النكاح واما شرائط الوقف فسنذكر ما قيل فيها . وهذا اي استثناء هذه الستة ، استحسان . والقياس ان لا يحل لان الشهادة لا تحل الا عن علم على ما بينا آنفاً ولا يتحقق العلم الا بالمشـاهدة والعيان او الخبر المتواتر . وجه الاستحسان ، ان هذه الامور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون والاعصار فلو لم تقبل بالتسامع ، لادى الى الحرج وتعطيل الاحكام فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان ، ولان الناس قاطبة ، مجمعون على انهم يشهدون بهـذه الاشياء بالشهرة . الا ترى انا نشهد ان علياً رضي الله عنه تزوج فاطمة ودخل بها وان الحسن

والحسين ابناه منها ، وان شريحاً كان قاضياً ولو تعلقت بحقيقة العلم ، ادى الى عدم الشهادة بها اصلاً هذا ما علل به الزيلعي وغيره وهو لا يظهر في الشهادة على اصل الوقف . والعلة له كما في الفتح ، انه وان كان قولا مما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الاعصار تبيد الشهود والاوراق مع اشتهار وقفيته فيبقى في البقاء سايبة ان لم تجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة الى ذلك اه .

ثم ان الشهرة المبيحة للشهادة بهذه الاشياء ، اما حقيقية او حكمية فالحقيقية ، ان يسمع من قوم كثيرين لا يتصور تواطوءهم على الكذب . وهذا لا يشترط فيه عدالة المخبرين ولا لفظ الشهادة — والحكمية ان يشهد عنده عدلان او رجل عدل وامرأتان كذلك بلفظ الشهادة الا في الشهادة بالموت فانه يكفي الشاهد ان يسمعه من رجل عدل او امرأة كذلك . قال الزيلعي ولا يشترط في الموت لفظ الشهادة لانه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة ، لان الغالب في الموت بان يقع في موضع لا يكون فيه الا واحد بخلاف الباقي من الستة فان الغالب فيها ان تكون بين الجماعة . قال ولو لم يحضر الموت الا شخص واحد واراد ان يشهد بموته وهو يعلم ان القاضي لا يحكم الا بشهادة عدلين اخبر بذلك رجلاً عدلاً ثم يشهدان بذلك عند الحاكم وهو من اعجب المسائل اه .

ثم ان اخبار العدل بالموت انما يعتمد الشاهد عليه ، اذا قال المخبر عاينته ميتاً او شهدت جنازته ، لا لو قال اخبرني مخبر به كذا في التكملة عن جامع الفصولين . ويشترط ايضاً ان لا يكون المخبر متهماً كوارث وموصى له كما في الدر المنتقى معزياً لشرح الوهبانية .

والحاصل انه كما يحل لمن راى انساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم ، ان يشهد بكونه قاضيا ولمن راى رجلاً وامرأة يسكنان معاً وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج ، ان يشهد بانها زوجته ولمن شهد دفن فلان او صلى عليه ان يشهد بموته ، وان لم يعاين تولية الامام او عقد النكاح او الموت — كذلك يحل له ان يشهد على

هذه الاشياء اذا سمعها ممن يثق به من الناس على الوجه الذي بيناه من الشهرة الحقيقية او الحكمية . ثم وان حل للشاهد ان يشهد بهذه الاشياء الستة بناء على التسامع – لكن ينبغي ان يطلق الشهادة فاما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع ، لم تقبل كما ان من شهد بالملك بناء على معاينة اليد لو فسر للقاضي انه يشهد بمعاينة اليد لم تقبل لان التسامع او الرؤية في اليد مجوز للشهادة . والقاضي يلزمه القضاء بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة او عن اطلاق لتكون المشاهدة محتملة فيحمل شهادته عليها – اما اذا كانت عن تسامع او رؤية في اليد فلا يزيده علماً فلا يجوز له ان يحكم بها الا ترى انه لا يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه الشيء في يد انسان فاولى ان لا يجوز بسماع غيره او رؤية غيره كذا في الهداية والزيلعي وغيرهما .

واطلاق عدم القبول عند التفسير في كل ما تحل به الشهادة بالتسامع، هو المذكور في عامة المتون لكن استثنى في متن التنوير الوقف والموت حيث قال : وان فسر الشاهد للقاضي ان شهادته بالتسامع يعني فيما تحل به الشهادة بالتسامع وبمعاينة اليد ردت على الصحيح – الا في الوقف والموت اذا فسرا وقالا اخبرنا من نثق به تقبل على الاصح اﻫ . وعزاه الشارح في الدر الى الخلاصة قائلًا بل في العزمية عن الخانية معنى التفسير ان يقولا شهدنا لانا سمعنا من الناس اما لو قالا لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا جازت في الكل وصححه شارح الوهبانية وغيره اﻫ . وفي التكملة عن حاشية العلامة نوح الشهادة بالشهرة ان يشهد الشهود ان هذه الضيعة وقف على كذا مشهور والشهادة بالتسامع ان يقول الشاهد اشهد بالتسامع اﻫ . ثم قال نقلًا عن والده ولا يخفى ان المآل واحد وان اختلفت المادة اﻫ .

اقول وفي هذا نظر فان قول الشاهد وقف على كذا مشهور ينبيء عن كون الشهادة به عن علم وتيقن قلب ولا كذلك اذا قال اشهد بالتسامع فانه في هذا يريد ان يحمل العهدة على غيره ، وعن هذا قال في الكفاية

والفرق بين الاطلاق والتفسير انه اذا اطلق يعلم انه وقع في قلبه صدق مخبره فتكون شهادته به عن علم ولا كذلك اذا فسر وقال سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد عندنا اه . اي لان المسند يريد ان يجعل العهدة على غيره .

فتلخص من هذا كله ان ها هنا ثلاث مسائل كلها مندرجة في هذه المادة طبقاً لما في التنوير وشرحه الدر . الاولى هي ان الشهادة اذا كانت بناء على الشهرة والتسامع في هذه الاشياء الستة تقبل اذا اطلق الشاهد شهادته ولم يفسر ، وان علم القاضي ان شهادته في نفس الامر مبنية على السماع — بأن لم يكن سنه مساعدا لمعاينة ما يشهد به او نحو ذلك . وهذا لما ذكرنا من ان الاطلاق ينبئ عن ان ما سمعه وقع في قلبه صدقه فكانت شهادته عن علم — بخلاف ما اذا فسر . وهذه المسئلة هي المرادة من قوله في هذه الفقرة "وتجوز شهادة الشاهد في خصوص الولاية والنسب والموت الخ" المسئلة الثانية هي ان الشهادة في الوقف والموت مستثناة من قولهم ان الشاهد لو فسر للقاضي انه يشهد بالسماع لا تقبل فيهما تقبل ، وان فسر . اما في الوقف فحفظا للاوقاف القديمة عن الاستهلاك والضياع ولما تقرر انه يفتى بكل ما هو انفع للوقف فيما اختلف العلماء كما في التكملة . واما في الموت فلأنا نشهد ان ابا بكر قد مات ولم نعاين موته كما في الفتح . وهذه المسئلة هي المرادة من قوله ولكن اذا شهد بكون محل وقفاً او بوفاة احد الخ . المسئلة الثالثة هي ان معنى التفسير ان يقول اشهد لانني سمعت من الناس او من الثقة . وليس منه ما اذا قال اشهد لانه اشتهر عندي ذلك او لان هذا وقف مشهور او لان موته مشهور او اشتهر عندي . وهذا على ما تقدم تصحيحه عن الدر معزيا لشرح الوهبانية . والظاهر ان الوجه في هذا ان هذا اللفظ ينبئ عن حصول العلم بالمشهود به عند الشاهد وان شهادته عن علم ويقين — بخلاف لفظ السماع على ما قررناه آنفاً نقلاً عن الكفاية . وهذه المسئلة مستفادة من قوله مثلاً لو قال ان فلاناً كان بالتاريخ الفلاني الخ . المادة كما لا

يخفى على ادنى ذي مسكة من فهم . وبهذا التقرير تعلم سقوط ما زعمه الشارح اللبناني — من ان ذكر الموت مع الولاية والنسب في فقرة وتجوز شهادة الشاهد الخ . مخالف لما تقدم في الفقرة قبلها من انه لو شهد بوفاة احد لانه سمع من ثقة تقبل ، مستظهراً ان ذكر الموت في الفقرة الثانية سهو . وجه السقوط ان كلامه هذا ، مبني على ان قوله فيها اي في الفقرة الثانية من دون ان يفسر وجه شهادته الخ ، خارج مخرج الشرط بمعنى ان جواز الشهادة في الولاية والنسب والموت ، مشروط بان لا يفسر وجه شهادته الخ . وهذا خطأ فان هذا لم يذكر ليكون شرطاً للجواز وانما ذكر لبيان انه عند الاطلاق اي عدم التفسير نجوز الشهادة في الكل فذكر الموت مع النسب والولاية ، للاشارة الى ان الحكم بين جميع مسائل ما تحل به الشهادة بالتسامع ، واحد وهو الجواز عند عدم التفسير .

فقد تلخص من هذا كله ان المجلة قد اعتمدت على ما في الدر من كتاب الشهادة من ان الشهادة بالتسامع في هذه الاشياء المعدودة يجوز اي يحل ، وانه لو فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لا يقبل القاضي شهادته الا في الوقف والموت لما قررناه ، وان معنى التفسير هو ان يقول اشهد لاني سمعت من الثقة او نحو ذلك ، وان قوله لانه اشتهر عندي او لان هذا مشهور عندي ليس من التفسير بل هذا له حكم ما اذا اطلق ولم يفسر حتى لو قال هذا في جميع مسائل ما تحل به الشهادة بالتسامع ، لا يمنع من قبول شهادته . والظاهر ان مثله ما اذا قال تواتر عندي او هذا متواتر عند الناس بل هو اولى ثم هذا كله اذا شهدوا على الوقف بالتسامع اما اذا شهدوا على التسامع والشهرة بالوقف فلا تقبل اتفاقا لما في الخيرية لما سئل عن محضر فيه ان شهود الوقف شهدوا بانهم سمعوا بانه وقف فاجاب لا يثبت الوقف بهذه الشهادة بلا شبهة باجماع علمائنا لانها ليست شهادة على الوقف بالسماع وانما هي شهادة على السماع بالوقف والشهادة على الوقف بالسماع ان يقول الشاهد اشهد بالوقف لاني سمعت من الناس او بسبب اني سمعت من الناس اهـ . هكذا

ينبغي تقرير هذا المحل والحمد لله عز وجل .

## تنبيه

قد علمت من صريح هذه المادة ان الشهادة بالوقف تقبل وان فسر الشاهد انه يشهد بالتسامع - لكن هل المراد من الوقف اصله او ما هو الاعم من اصله ومن شرايطه ، احتمال لان قوله ولكن اذا شهد بكون محل وقفاً الخ . وان كان يشعر بالاول - الا ان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عن ما عداه والاول هو الذي اقتصرت عليه المتون لكن نقل العلائي في الدر من كتابي الوقف والشهادات عن المجتبى ، ان المختار قبولها على شرائطه ايضاً قال واعتمده في المعراج واقره الشرنبلالي وعزاه الى العلامة قاسم وقواه في الفتح بقولهم يُسلك بمنقطع الثبوت المجهولة شرائطه ومصارفه ما كان عليه في دواوين القضاة اه . قال في حاشية رد المحتار اي لان الشهادة بالتسامع هي ان يشهد بما لم يعاينه والعمل بما في داووين القضاة عمل بما لا يعاين وايضاً قولهم المجهولة شرائطه ومصارفه يفهم منه ان ما لم يجهل منها يعمل بما علم منها وذلك العلم قد لا يكون بمشاهدة الواقف بل بالتصرف القديم وبه صرح في الذخيرة اه . اي وهو عين الثبوت بالسماع - لكن نقل في الهندية عن الذخيرة ان ما في المتون عليه الفتوى وعليه فلا يعدل عنه الى ما اختاره في المجتبى وقواه في الفتح وان قال الطحطاوي انهما قولان مصححان لان لفظ عليه الفتوى اقوى الفاظ التصحيح مع ان المتون مشت عليه . ثم ان المراد باصل الوقف كلما تتعلق به صحته وتتوقف عليه كما في التنوير من الشهادات والا فمن شرائطه كما في الدر وفيه من كتاب الوقف وبيان المصرف من اصله لتوقف صحة الوقف عليه فتقبل بالتسامع اه . قال في حاشية رد المحتار وكونه وقفاً على الفقراء او على مسجد كذا تتوقف عليه صحته - بخلاف اشتراط صرف غلته لزيد او للذرية فهو من الشرائط لا من الاصل ولعل هذا اي توقف

صحة الوقف على بيان الجهة مبني على قول محمد باشتراط التصريح في الوقف بذكر جهة لا تنقطع وتقدم ترجيح قول ابي يوسف بعدم اشتراط التصريح به فاذا كان ذلك غير لازم في كلام الواقف ينبغي ان لا يلزم في الشهادة بالاولى ، لعدم توقف الصحة عليه عنده . ويؤيد هذا ما في الاسعاف والخانية : لا تجوز الشهادة على الشرائط والجهات بالتسامع اه . قال ولا يخفى ان الجهات هي المصارف فقد ساوى بينها وبين الشرائط الا ان يراد بها الجهات التي لا تتوقف صحة الوقف عليها والحاصل انه على القول بان بيان المصرف مما تتوقف عليه صحة الوقف وهو قول محمد يكون من اصل الوقف فتقبل فيه الشهادة بالتسامع وعلى القول بعدم توقف صحة الوقف عليه وهو قول ابي يوسف ، الراجح لا تقبل . وما نقله عن الخانية والاسعاف يؤيد الثاني وكذا نقل ما يؤيده عن التتارخانية والفصولين . وهذا كله مبني على ما في المتون من ان الشهادة بالتسامع انما تقبل على اصل الوقف لا على شرائطه . واما على ما ذكره في الدر معزياً للمجتبى من قبول الشهادة بالتسامع على شرائط الوقف كما تقبل على اصله فلا فرق بين ان يكون بيان المصرف من اصله او من شرائطه كما لا يخفى

واعلم ان الشهادة على الوقف بالتسامع تقبل بلا فرق بين ان يكون الوقف قديماً او حادثاً عملاً باطلاق المتون الشامل لها وبه افتى في الخيرية ثم قال فان قيل عللوا ذلك بيبد الشهود وفناء الاوراق فكان هو المثبت للحكم قلنا انتفاؤها لا ينفي الحكم بعلة اخرى كما صرحت به اصحاب الاصول من ان انتفاء العلة لا يوجب انتفاء الحكم عند تعددها اه

اقول لا تعدد في العلة هنا فينبغي ان يدور الحكم مع علته الوحيدة وجوداً وعدماً كما صرحوا به ايضاً والجواب المقنع هو ان السؤال ساقط من اصله لان التعليل الذي قدمناه عن الفتح قبل خمس صفحات وهو ان الوقف بتوالي الاعصار تبيد شهوده واوراقه مع اشتهار وقفيته فيبقى في البقاء سائبة ان لم تجز الشهادة به الخ ينتظم قديم الوقف وحادثه فان الحادث سيصير قديماً ويبقى سائبة ان لم تجز الشهادة بـه

وحاصله ان بيد الشهود بقاء هو العلة لجواز الشهادة بالسماع في الوقف الحادث فتدبره . ويؤيد هذا ما في البزازية : وفي الوقف الصحيحُ انه يقبل بالتسامع على اصله لا شرائطه لانه يبقى على الاعصار لا شرائطه اه فانظر كيف اطلق الوقف وجعل العلة كونه يبقى على الاعصار وهو عين ما قلنا .

المادة ١٦٨٩ — اذا لم يقل الشاهد اشهد بل قال اني اعرف الخصوص الفلاني هكذا او اخبر بذا لا يكون قد ادى الشهادة .

عبارة الدر متناً وشرحا ولزم في الكل من المراتب الاربع لفظ اشهد بلفظ المضارع بالاجماع . وكل ما لا يشترط فيه هذا اللفظ كطهارة ماء ورؤية هلال فهو اخبار لا شهادة اه . والمراد بالمراتب الاربع ما يكون فيه نصاب الشهادة اربعاً كالزنا وما يكون رجلين عدلين كبقية الحدود وما يكون رجلان او رجل وامرأتان عدول - كحقوق بين العباد وما يكفي فيه النساء وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال ففي كلها لا بد من ان يقول الشاهد اشهد بكذا حتى لو قال اعلم او اتيقن او شهدت لا تقبل شهادته . قال في الهداية لان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين كقوله اشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشهد اه . واختير لفظ اشهد لانه ينبيء عن ان شهادته في الزمان الحال بخلاف قوله شهدت فانه يحتمل الاخبار عن ما مضى فلا يكون شاهداً في الحال .

ولكن على قوله هذا لو سأله الحاكم بقوله اتشهد بهذا

واجاب بقوله نعم هكذا اشهد يكون قد اداها .

الظاهر ان الحكم كذلك لو قال نعم وان لم يقل هكذا اشهد ولم اره الان صريحاً . وهذا لما تقدم في المادة ٦٦ من ان السؤال معاد في الجواب . قال في الاشباه قال البزازي في فتاواه من اخر الوكالة وعن الثاني قال امرأة زيد طالق وعبده حر وعليه المشي الى بيت الله الحرام ان دخل هذا الدار فقال زيد نعم كان زيد حالفاً بكله لان الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال اه. وفيها عن البزازية ايضاً من كتاب الطلاق قالت انا طالق فقال نعم تطلق ولو قالت طلقني فقال نعم لا وان نوى اه .

ونقل الشارح اللبناني في شرح المادة المذكورة عن الدر انه لو سأل الحاكم المدعى عليه قائلاً ان المدعي يدعي عليك بالف ديناً من جهة كذا فماذا تجيب فاجاب نعم فيكون قد اقر بالالف اه . فهذه النقول جميعها تشهد لما قلنا من ان قوله نعم فقط يكفي لاداء الشهادة في مسئلة هذه المادة . هذا وذكر في البزازية في نوع في الفاظها اي الشهادة ما نصه : وفي الصغرى شهد احدهما مفسرا والثاني على شهادته او مثل شهادته لا يقبل ولو قال اشهد مثل شهادة صاحبي لا يقبل عند الخصاف . وعامة المشايخ على انه يقبل قال الحلواني ان كان فصيحاً لا يقبل منه الاجمال وان عجمياً يقبل - بشرط ان يكون بحال ان استفسر منه ، بين قال السرخسي رحمه الله تعالى : ان احس القاضي بخيانة يعني في الشهادة كلفه التفسير والا لا . قال شمس الاسلام يقبل اذا قال للمدعي على هذا المدعى عليه وفتوى القاضي الامام على هذا وبه يفتى وذكر الامام الحلواني لو قرأ المدعي او وكيله فقال الشاهد اشهد بما ادعاه هذا المدعي على هذا المدعي عليه او قال ان المدعى في يد المدعى عليه بغير حق يصح عندنا اه . وفي الهندية من الباب الثالث في الشهادات هذه الاقاويل فيما اذا قال الثاني اشهد بما شهد به الاول او بمثل ما يشهد به الاول - اما اذا قال اشهد

على شهادة الاول او على مثل شهادة الاول لا يقبل اجماعاً ، لان هـذه شهادة على الشهادة . واذا كتب شهادة لشاهد في بياض وقرئ عليه ذلك فقال اشهد ان لهذا المدعي جميع ما سمى ووصف في هذا الكتاب على هذا المدعى عليه او قال هذا المدعى به الذي قرئ ووصف في هـذا الكتاب في يد هذا المدعى عليه بغير حق فواجب تسليمه الى هذا المدعي ، فهذه شهادة صحيحة كذا في المحيط اه . ولا يخفى عليك ان الشاهد في مسئلة هذه الفقرة لما قال نعم فقد فسر لان المشار اليـه بقول الحاكم اشهد هكذا هو ما فسره الشاهد في اخباره اولاً فيكون معـاداً في الجواب فلا تجري الخلافات والتفاصيل المارة فيه .

ولا يشترط لفظ الشهادة في الافادات الواقعـة لمجرد استكشاف الحال كاخبار اهل الخبرة لانها ليست بشهادة وانما هي من قبيل الاخبار المجرد .

اي وكلما كان من قبيل الاخبار لا يشترط فيه العدد ولا لفظ اشهد وقدمنا في شرح المادة ١٦٨٥ ان المواضع التي تقبل فيها اخبار الواحـد العدل احد عشر موضعاً فلتراجع .

المادة ١٦٩٠ — تكفي اشارة الشاهد عند الشهادة الى كل من المشهود له والمشهود به اذا كانوا حاضرين ولا يلزم عليه ذكر اسم ابي المشهود له والمشهود عليه ولا جدهما ، واما الشهادة المتعلقة بالموكل او الميت فيلزم على الشاهد ذكر ابيهما وجدهمـا ولكن اذا كان كل منهما مشهوراً ومعروفاً يكفي ذكر الشاهد اسمه وشهرته لان المقصد الاصلي تعريفه

بوجه يميزه عن غيره .

الاشارة الى المشهود به ، انما تمكن اذا كان عيناً فلو ديناً فلا بد من ذكر قدره وجنسه ونوعه وصفته كما تقدم في الدعوى وعبارة التنوير مع الدر هكذا : وهي اي الشهادة ان على حاضر يحتاج الشاهد الى الاشارة الى ثلاثة مواضع اعني الخصمين والمشهود به لو عيناً لا دينا وان على غايب كما في نقل الشهادة او ميت ، فلا بد لقبولها من نسبته الى جده فلا يكفي ذكر اسمه واسم ابيه وصناعته — الا اذا كان يعرف بها اي بالصناعة لا محالة بان لا يشاركه في المصر غيره فلو قضى بلا ذكر الجد ، نفذ فالمعتبر التعريف لا تكثير الحروف حتى لو عرف باسمه فقط او بلقبه وحده كفى جامع الفصولين وملتقط اه .

وقوله بان لا يشاركه في المصر غيره قال في التكملة : لم يشترط هذا في جامع الفصولين شرنبلالية اه . وقال في الفصولين : والحاصل ان المعتبر حصول المعرفة وارتفاع الالتباس باي وجه كان اه . وقول الدر او بلقبه قال في التكملة وكذا بصفته كما افتى به في الحامدية فيمن شهد ان المرأة التي قتلت في سوق كذا يوم كذا وقت كذا قتلها فلان تقبل بلا بيان اسمها وابيها حيث كانت معروفة لم يشاركها في ذلك غيرها وقال في الاشباه وتكفي النسبة الى الزوج لان المقصود الاعلام . وفي العبد اسمه واسم مولاه وابي مولاه ولا يكفي الاقتصار على الاسم الا ان يكون مشهوراً اه .

اقول والظاهر انه في النسبة الى الزوج ايضاً لا بد من تعريفه بما يميزه عن غيره . ويشترط ايضاً ان لا يكون له زوجة غيرها كما لا يخفى . ثم ان قول التنوير : وان على حاضر يحتاج الشاهد الخ ، يقتضي اطلاقه ان التعريف بذكر الاب والجد لا يكفي حالة الحضور بل لا بد من الاشارة وهو الذي يظهر لان الاشارة ابلغ من التعريف فلا يقوم التعريف مقامها عند امكانها — لكن لم اره الآن صريحاً فليراجع .

ج- ه

## تنبيه

لم يذكر في هذه المادة حكم ما اذا كان المشهود به غائباً اكتفاء بما في المادة ١٦١٩ وما يليها من المواد المتكفلة ببيان ما يشترط لصحة الدعوى اذا كان المدعى به غائباً ، لما تقرر ان كل ما يشترط لصحة الدعوى به يشترط لصحة الشهادة به فلا حاجة الى ذكره هنا اذ قد استوفينا عليه الكلام هناك .

المادة ١٦٩١ — يلزم في الشهادة بالعقار بيان حدوده ولكن اذا لم يذكر الشاهد حدود المشهود به وتعهد باراءته وتعينه في محله يذهب الى محله لارائته .

تقدم الكلام على هذه المسئلة مستوفى في المادة ١٦٢٤ و في المادة ١٦٢٥ وشرحها فراجعها اذ في اعادته تطويل ممل . واعلم ان بيان الحدود انما يلزم اذا شهدوا بالعقار كما هو منطوق هذه المادة اما في الشهادة بالاقرار به ، فلا ففي السابع من جامع الفصولين ما نصه وفي فش ( يعني فتاوي رشيد الدين ) . ادعى داراً انه ملكي فبرهن ذو اليد ان المدعي اقر ان هذا المحدود ملكي لكن الشهود لم يحدوه ، تقبل شهادتهم على الدفع اذا لم يشهدوا بالملك وانما شهدوا بالاقرار به وبهذا يحصل الدفع . وجهالتهم بالحد لا تمنع قبول شهادتهم باقراره . وجنسه وقع وصورته برهن المشتري ان الشفيع قال له بعه مني وهو مسلم الشفعة الا انهم شهدوا بمقالته ولم يذكروا الحدود ولا عرفوها ، ينبغي ان تقبل هذه البينة ، اذ شهدوا باقراره انه سلم الشفعة في هذا المحدود اهـ . ومثله في فتاوي الانقروي عن البزازية والخلاصة وفي جامع الفصولين ايضاً : ولو شهدا ان الدار

التي في بلد كذا في محلة كذا التي تلاصق دار فلان بن فلان الفلاني التي هي في يد هذا المدعى عليه لهذا المدعي ولكن لا نعرف حدودها فقال المدعي للقاضي انا آتيك بشهود آخرين يعرفون حدودها واتى بهم فشهدوا ان حدودها كذا ، ذكر في بعض النسخ ان القاضي يقبل ذلك ويحكم بها للمدعي كما في المسئلة الاولى وذكر في بعضها انه لا يقبل اذ الشهادة الاولى في هذه المسئلة ليست بحجة اصلًا بدون الشهادة الثانية فلستوى وجودها وعدمها – وكذا القرية وجميع العقارات ذكرت هذه المسئلة في ( ضطه ) وقال اختلفت الروايات في هذه المسئلة . والاظهر انها تقبل ، لان تحمل الشهادة غالباً يكون على هذا الوجه فانه اذا اشهد البايع على البيع في البلدة والعقار في السواد ، فالظاهر ان الشهود لا يعرفون حدود المبيع لكن يسمعون ذكر الحدود فيشهدون على تلك الحدود المذكورة في البيع ولو كانوا لا يعلمون الحدود حقيقة اه .

اقول وفي هذا التعليل نظر للفرق بين ما اذا ذكر الشهود اسماء الحدود وبينوها على ما سمعوه من البايع وهم لا يعلمونها حقيقة كما هو موضوع المسئلة المعلل بها وبين ما اذا لم يذكروها اصلًا وهم مع ذلك لا يعلمونها فاظهرية الرواية القائلة بالقبول في المسئلة الاولى ، غير ظاهرة ثم رأيت في الخانية قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني هنا مسائل ثلاثة احدها ان تقول الشهود لهذا المدعي دارٌ في محلة كذا في سكة كذا لصيق دار فلان في زقيقة كذا اغتصبها منه هذا المدعى عليه وانها في يده بغير حق ولم يذكروا حدودها وقالوا لا نعلم حدودها وجاء المدعي بشهود آخر فشهدوا بحدودها فان القاضي لا يقضي للمدعي لان الذين شهدوا بالملك لم يشهدوا بالحدود والذين شهدوا بحدود الدار لم يشهدوا له بملك الدار . والمسئلة الثانية لو قال الشهود نحن نعلم حدودها احد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا ولكن لا ندري هل هذه الحدود حدود تلك الدار فانا تحملنا الشهادة بهذه الحدود واقر البايع بهذه الحدود لكن ما رأيناها ولا مررنا بتلك المحلة ولا نسكنها واكثر

تحمل الشهادة على الدار والارض على هذا الوجه يسمي البايع حدودها والشهود يتحملون الشهادة بتعريف البايع وفي هذه المسئلة القاضي يبعث امينين الى الدار ليبينوا ان هذه الحدود هل هي حدود تلك الدار فان وافق ، قضي بها للمدعي اذا رجعا اليه وشهدا عنده ان حدودها هذه الحدود . وان خالف لا يقضى - اما المسئلة الثالثة اذا قال الشهود ان لهذا المدعي داراً في محلة كذا نعرف حدودها اذا قمنا عند حيطانها ونشير ان احد حدودها الى هنا والثاني الى هنا والثالث الى هنا والرابع الى هنا ولكنا لا نعلم جيرانها فان ههنا اذا اراد القاضي ان يقضي للمدعي يأمر الشهود بان يذهبوا الى الدار ويبعث معهم شاهدين او امينين من امنائه فيبينوا الحدود الى الامينين ثم يتعرف الامينان جيرانها ويسئلوا اساميهم فاذا رجعوا الى القاضي وشهد اميناه ان الشهود بينوا حدود الدار واشاروا اليها وانا تعرفنا عن جيرانها فوجدنا دار فلان وفلان وفلان في سكة كذا فان القاضي يقضي بشهادة الشهود الذين شهدوا بملك الدار للمدعي اهـ ما في الخانية .

فانظر كيف جعل فرقاً في الحكم بين المسئلتين الاولين وهما المذكورتان في جامع الفصولين واقتصر على الرواية القائلة بعدم القبول في شهادة من لم يذكروا الحدود وان اتى المدعي بشهود آخرين على الحدود واخذ برواية القبول في شهادة من ذكروا الحدود حسبما سمعوا من البايع وان قالوا لا نعرفها بعينها . ومعلوم ان اقتصاره على الرواية القائلة بعدم قبول الشهادتين فيما لو شهد اثنان بالملك في المحدود واخران في الحدود تصحيح لها . وفي الانقروية عن دعوى القاعدية : شهدا على شراء الدار وبينا موضعها وحدودها فقيل لهما لو ذهبتما الى ذلك الموضع هل تعرفانها بعينها فقالا لا نعرفها هل تقبل شهادتهما قال نعم ، لوقوع الاعلام بالبيان ثم قال : واذا قبلت وقضى بها فقال المدعى عليه الدار التي في يدي ليست تلك الدار التي شهدا بها احتيج الى شاهدين آخرين يشهدان ان هذه الدار هي التي شهدا بها لتتعين اهـ . ومثله في جامع الفصولين ايضاً

فما نقله الشارح اللبناني عن الدر المختار وكذا في فتاوي الانقروي عن القنية ، مبني على الرواية الاخرى التي لم يعرج عليها فقيه النفس قاضيخان وناهيك به من امام هو من اجل من يعتمد على تصحيحاته .

## فروع

ادعى داراً فقال له القاضي هل تعرف حدوده قال لا ثم اعاد وبين حدوده ، لا تسمع ولو قال لا اعرف اسامي الجيران ثم ذكر في المرة الثانية اسمائهم يسمع كذا في آخر السابع من الفصولين .

والظاهر ان الشهود كالمدعي فيما ذكر لما تقرر من ان كل ما لزم المدعي بيانه في الدعوى لزم الشهود بيانه في الشهادة . وفي الهندية الشهود اذا لم يعرفوا الحدود وسألوا الثقات وفسروا عنده الحاكم تقبل اه. وفيها اذا ذكر في الدعوى او الشهادة احد حدود الارض المدعاة لزيق ارض فلان ولفلان في القرية التي فيها الارض المدعاة اراض كثيرة متفرقة ، صحت الدعوى وصحت الشهادة وان كان فيه نوع جهالة الا انها تحملت للضرورة . اذا شهدوا بملكية الارض و بينوا حدودها وقالوا هي بمقدار خمس مكاييل بذر والمدعي يدعي ذلك واصابوا في بيان الحدود واخطأوا في بيان المقدار فظهر ان الارض تسع قدر ثلاث مكاييل بذر ، حكى عن شيخ الاسلام ابي الحسن الصغدي انه قال : لا تبطل الدعوى والشهادة واجاب بعض مشايخ زمانه ببطلان الدعوى والشهادة وقيل يجب ان تكون المسئلة على التفصيل ان شهدوا بحضرة الارض المدعاة واشاروا اليها تقبل وان شهدوا بغيبة الارض لا تثبت بهذه الشهادة ملكية ارض تسع خمسة مكاييل بذر وقيل لا تقبل هذه البينة على كل حال وهو الاظهر والاشبه بالفقه اه . معزياً للعمادية قيد بالبينة لان الدعوى لا تبطل .

والفرق ان الشهادة تختل بالكذب فلا تقبل — بخلاف الدعوى ولان المدعي له ان يدعيها ابتداء فيقول هذه الارض التي تسع ثلاثة مكاييل

ملكي ولما في الفصولين : ادعى زندنيجياً طوله كذا فبرهن انه ملكه بحضرة المدعى به وهو زندينجي تسمع - لكن يذرع فلو نقص في الذرع او زاد لا تقبل بينته ، لظهور كذبها . والوصف في الاشارة لغو في البيع والاثمان اما في باب الشهادة اذا شهدوا بوصف فظهر بخلاف ما شهدوا ، لا تقبل كما لو ادعى دابة وقال هذه الدابة التي سنها اربع سنين ملكي وشهدوا كذلك فظهر انها ازيد او انقص لا تقبل لظهور كذبهم كذا هنا اه .

واما ما نقله في الفصولين عن الذخيرة : ادعى حديداً وذكر ان وزنه كذا والحديد محضر في مجلس الحكم فوزن فزاد على قدر المذكور او نقص ، تصح الدعوى والحكم اذا وجدت الشهادة عليه اذ الوزن في المشار اليه لغو فالتفاوت لا يمنع صحة الدعوى اه ، فمحمول كما في الفصولين على ان الشهود لم يذكروا الوزن في شهادتهم فلم يظهر كذبهم . اذا تمهد هذا تعلم ان ما تقدم في المادة ١٦٢٤ من انه اذا اصاب المدعي في بيان الحدود واخطأ في بيان مقدار ذراع العقار او دونه لا يمنع من صحة دعواه ، لا ينافي ما هنا لما علمت من الفرق بين الدعوى والشهادة وبه تعلم ايضاً ان ما كتبه الشارح اللبناني هنا في غاية السقوط .

المادة ١٦٩٢ — اذا ادعى المدعي بالاستناد الى الحدود التي هي في السند وشهد الشهود بان العقار المحررة حدوده في هذا السند ملكه تصح شهادتهم كما ذكر في المادة ١٦٢٣

عبارة جامع الفصولين قال المدعي ان الدار التي حدودها مكتوبة في هذا المحضر ملكي وقال الشهود ان الدار التي حدودها مكتوبة في هذا المحضر ملكه ، صحت الدعوى والشهادة - وكذا لو شهدا ان المال الذي كتب في هذا الصك عليه تقبل والمعنى فيه انه اشار الى المعلوم اه ومثله في البزازية وقدمنا في شرح الفقرة الاخيرة من المادة ١٦٨١ حكم

ما اذا فسر احد الشاهدين شهادته ثم قال الآخر : اشهد بمثل شهادة صاحبي او على شهادته موضحاً فليراجع .

المادة ١٦٩٣ — اذا ادعى احد بان لمورثه في ذمة فلان كذا دراهم وشهدت الشهود بان للميت في ذمة المدعى عليه المقدار الذي ادعى يكفي ولا يحتاج الى التصريح بانها صارت موروثة للورثة واذا ادعى عيناً يعني لو ادعى بان في يد فلان عيناً من مال المورث فالحكم بهذا الوجه ايضاً .

الاصوب في الترجمة ان يقول لو ادعى عيناً معينة في يد فلان انها من مال المورث كما لا يخفى وقوله فالحكم بهذا الوجه ايضاً اي لو شهد الشهود بان هذه العين مال المورث يكفي ولا يحتاج الى التصريح بانها صارت موروثة للورثة — لكن لا بد لصحة الشهادة من ان يقيد الشهود كون العين من مال المورث وقت الموت . وعن هذا قال في الفتح وقد ظهر ان محل الخلاف يعني الخلاف الآتي في لزوم الجر على قولهما وعدمه على قول ابي يوسف ، هو شهادتهم انه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدا انها لابيه لا تقبل ذكرها محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند ابي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق اهـ . ثم ذكر فيه بعد نحو صفحتين ما نصه : تتمة شرط الشهادة بالارث ان يشهدوا انه كان لمورثه — فلو قالوا انه لمورثه تقدم ان محمداً رحمه الله تعالى قال لا يصح ولم يحك خلافاً لان المورث ان كان حياً فالمدعي ليس خصماً وان كان ميتاً فاثبات الملك للميت حالاً محال وتقدم قول بعضهم انها تصح على قول ابي يوسف وهو غير بعيد لانا نقطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول اهـ . وفي البزازية من العاشر من كتاب الدعوى ولو قالا انها اي العين لابيه ولم يقولا مات وتركها ميراثاً له قيل على الخلاف

واختار الفضلي انه لا تقبل وهو الاصح اه . وفي جامع الفصولين من الفصل السادس : ولو شهدا انه كان لابيه او كان في يده ولم يزيدا عليه قال ض رح تقبل وقالا لا وهو قول س اولاً ولو شهدا انه لابيه ولم يزيدا قيل لا تقبل وفاقاً وهو الاصح وقيل هو على الخلاف واما لو زادا وقالا تركه ارثاً له او شهدا انه كان في يد ابيه يوم موته ولم يزيـدا تقبل اه . ومثله في الباب السادس من الهندية معزياً للخلاصة والعمادية اي لانــه بهذه الزيادة يتعين ان مرادهما ملك الميت حال حياته فتدبر فلينتبه لهـذا .

وتوضيح المسئلة انه اذا ادعى الوارث عيناً في يد انسان انها ميراث ابيه واقام شاهدين فشهدا ان هذه كانت لابيه ، لا يقضى له حتى يجر الميراث فيقولا مات وتركها ميراثاً له او يقولا كانت لابيه يوم موته او كانت في يده او يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره . ومن هـذا الاخير ما في الهداية وغيرها والعبارة لها : ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثاً له اه . قال في الفتح لان الشهادة عـلى الملك وقت الموت او اليد وقت الموت تقوم مقام الجر وهو قول الشهود مات وتركها ميراثاً له وقد وجد الثاني في مسئلة الكتاب يعني الهداية ، لانه اثبت اليد عند الموت حيث شهدا انها معارة منـه او مودعة عند الموت لان يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير واخويه اه . قال الزيلعي : الاصل فيه ان الجر شرط وهو ان يقول الشاهد مات وتركها ميراثاً له — ولكن اذا ثبت ملكه عند الموت كان جراً حكماً لانه اثبت ملكه وقت الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتاً للانتقال — وكذا اذا اثبت يده عند الموت لان اليد وان تنوعت الى يد غصب وامانة وملك فانها عند الموت من غير بيان ، تصير يد ملك ، لما عرف ان كلا من الغاصب والمودَع اذا مات مجهلاً يصير المغصوب والوديعة ملكه لصيرورته مضموناً عليه شرعاً والمضمون ملك الضامن فيكون اثبات اليد

في ذلك الوقت اي وقت الموت اثباتاً للملك فيغني اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفي به عنه . وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى الجر ليس بشرط بل اذا اثبت الوارث ان العين كانت للمورث يكفي ، لان ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغروراً فيما اشتراه والمورث فيكون ملك الوارث عين ملك المورث مستمراً الى هذا الوقت لا ملكاً اخر غيره كما في الحي اذا اثبت انها كانت له ، يحكم له بها ولا يكلف اقامة البينة على ان ملكه ثابت في هذا الوقت — وكما اذا ادعى عيناً في يد انسان انه اشتراها من فلان غير ذي اليد واقام البينة على الشراء منه وانكر ذو اليد انها ملك البايع فاقام المشتري بينة انها كانت له يكتفي بذلك ويقضى له بها ولا يكلف اقامة البينة انها كانت للبايع وقت البيع . وهذا لان ما ثبت فهو باق الى ان يوجد ما يزيله لاستغناء البقاء عن دليل . ولهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتاً — الا ترى انه يثبت في حقه احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبراء الجارية وحل وطئها لو كانت حراماً على المورث او بالعكس وكذا يحل للوارث الغني اكل صدقة ورثها من الفقير ولولا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجدداً ، فلا بد من اثبات النقل اليه وذلك بما ذكرنا من الجر لا باثبات ملك الميت قبل الموت ، لان بقاء ملكه الى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لابقاء ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجتنا اليه لان مالكية الوارث لم يكن ثابتاً قبل موت المورث فكان متجدداً ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال — الا ترى ان الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع بها وان كان يدفع دعوى غيره لما ذكرنا بخلاف ما اذا اثبت الحي انها كانت له حيث يحكم له بها لانا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما بينا وبخلاف ما اذا اقام البينة انه اشتراها من فلان حيث لا يكلف اقامة البينة انه

كان مالكاً وقت البيع لان ملك المشتري مضاف الى الشراء الثابت بالبينة لا الى استصحاب الحال ببقاء ملك البايع لان الشراء كسبب موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتاً بالشراء - واما في الموت فثبوت الملك للوارث مضاف الى كون المال ملك المورث وقت الموت لا الى الموت لان الموت ليس سبباً موضوعاً للملك بل هو سبب موضوع لابطاله فكم من موت ليس فيه ايجاب الملك لاحد الا ترى ان الوارث لو علق العتق بموت مورثه بان قال ان مات سيدك فانت حر ، لا يصح ولو كان سبباً للملك ، يصح كما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر اه . ما في الزيلعي بقليل زيادة من حاشية الشلبي .

والحاصل ان ها هنا ثلاث مسائل الاولى ان يقول الشاهد في شهادته ان هذه العين كانت ملك الميت ولا يزيد على ذلك فهذه المسئلة موضع الخلاف قال الامام ابو حنيفة ومحمد : لا تقبل بلا جر وهو ان يقولا مات وتركها ميراثاً للمدعي وقال ابو يوسف تقبل ولا حاجة الى الجر ، الثانية ان يقول الشاهد كانت العين ملك الميت الى وقت موته ، او مات وهو يملكها او يقول كانت ملك الميت وفي يده الى ان مات ، او مات وهي في يده او يد مودعه او المستأجر منه او المستعير منه او مرتهنه ففي هذه المسائل تقبل الشهادة اتفاقا لوجود الجر حكماً كما تقدم - الثالثة ان يشهد بان العين ملك الميت ولا يزيد عليه شيئاً فقيل انها على الخلاف السابق بين ابي يوسف والصاحبين وقيل لا تقبل اتفاقاً وهو الاصح كما تقدم . وهناك مسئلة رابعة وهو ان يشهد الشهود على اقرار المدعى عليه بان العين كانت ملك الميت فتقبل شهادتهم - ولا يشترط لقبولها الجر كما في الخانية والهندية اي لا حقيقة ولا حكماً وافاد في البحر ان الجر انما يشترط لصحة دعوى الوارث ملك العين المدعى بها اما لو ادعى شراء المورث لها من المدعى عليه فلا قال لما في الظهيرية : ادعى داراً في يد رجل ان اباه اشتراها من ذي اليد بالف درهم ومات ابوه فجحد البائع ذلك صح دعواه وان لم يذكر في دعواه ان اباه مات وتركها

ميراثاً له اهـ . قلت وفي الهندية معزياً للذخيرة قال في كتاب الاقضية : دار في يد رجل اقام احد البينة ان ابي اشتراها منه بالف درهم وقد مات ابي والبائع يجحد ذلك فاني لا اكلفه البينة ان اباه مات وتركها ميراثاً له ولكن اسئله البينة انهم لا يعلمون له وارثاً له غيره فان اقامها امرته بدفع الدار اليه . ولو كانت الدار في يد غير البائع كلف كليهما اهـ معزياً للذخيرة ومحيط السرخسي .

بقي هنا شيء وهو انه هل يلزم الجر على قول ابي حنيفة ومحمد فيما اذا ادعى الوارث ديناً في ذمة آخر ميراثاً له عن ابيه كما يلزم في دعوى العين فمقتضى اتفاق كلمة المتون والشروح والفتاوي على وضع المسئلة الخلافية بين الامامين وبين ابي يوسف في دعوى العين فقط ، عدم لزومه في الشهادة . وقد يشير الى هذا ما في البزازية من الباب العاشر في النسب والارث من كتاب الدعوى حيث قال : وفي الجامع وضع المسئلة في العين كالثوب ، دل على انه لا فرق في اشتراط الجر بين العين والعقار اهـ . وقد صرح في مجمع الانهر وكذا افاده في الهندية وغيرهما ، ان ملك الوارث انما يتجدد في حق الاعيان لا في حق الديون وقد علمت ان قولهما بلزوم الجر مبني على تجدد ملك الوارث فحيث لا يتجدد ملك الوارث في الديون عندهما لا يلزم الجر فيكفي قول الشاهد كان للميت دين كذا في ذمة المدعى عليه ولا يلزم ان يقول تركه ميراثاً للمدعي .

والفقه في هذا ان ما في ذمة المدعى عليه من الدين ، ليس مملوكاً قبل قبضه للمورث ولا لوارثه لانه وصف في الذمة فلا معنى لقول الشاهد تركه ميراثاً للمدعي — لكن ذكر في الخنية في فصل دعوى الملك بسبب من كتاب الدعوى ما نصه : رجل ادعى ديناً لابيه الميت على رجل فشهد الشهود انه كان لابي المدعي هذا على المدعى عليه كذا ، لا تقبل هذه البينة في قول ابي حنيفة ومحمد اهـ — فاذا كانت علة عدم القبول هي عدم الجر كان نصاً في المسئلة وليس بعد النص الا الرجوع اليه لكن يشكل عليه ما تقدم من ان لزوم الجر على قولهما ، مبني على تجدد ملك الوارث

وقد قالا ان الملك لا يتجدد في حق الديون اللهم الا ان يقال ان الذي يتجدد ملكه للوارث هو حق المطالبة بالدين فتنزل هذا الحق الذي انتقل الى الوارث منزلة العين فما لم يجره الشهود الى الوارث فيقولوا كان لاب المدعي على المدعى عليه مبلغ كذا وترك حق المطالبة به ارثاً لابنه المدعي، لا تقبل شهادتهم هذا ما ظهر لي من دفع التنافر واللوم عن عبارات القوم.

هذا وقد نقل الشارح اللبناني عبارة الخانية وزاد فيها بعد قوله لا تقبل شهادتهم ما لفظه: حتى يقولوا وصار الطلب المذكور موروثاً للورثة اهـ. فان كان مراده بالطلب معناه المصدري اي حق المطالبة فنعمت الزيادة — الا ان الطلب بهذا المعنى لم يكن شيئاً مذكوراً قبل فكيف وصفه بالمذكور — وان كان مراده انه بمعنى المطلوب يعني الدين كما هو الظاهر ففيه ما علمت من ان الدين وصف في الذمة لا يملك فكيف يكون موروثاً. ولا يبعد انه لو قال الشهود وصار الدين المذكور موروثاً للورثة ترد شهادتهم، لان الدين المذكور ما كان ملكاً للمورث حتى ينتقل الى الوارث وانما الذي كان ملك المورث ثم انتقل الى الوارث، هو حق المطالبة به فهو الذي يلزم الشهود جره ونقله الى الوارث كما قررناه فتدبر.

## تنبيهات

الاول قد علمت ان الشهادة باليد للمورث عند الموت، شهادة له بالملك عنده فيغني هذا عن الجر قال في الخانية: وكذا لو شهدوا ان المورث مات وهو ساكن فيها تقبل ويقضى بها للمدعي. ولو شهدوا ان اباه يعني المورث مات في هذه الدار او ان اباه دخل هذه الدار ومات، لا يقبل لانهم لم يشهدوا له بالملك ولهذا لو اقر المدعى عليه انه كان فيها او كان داخلاً فيها، لا يكون اقراراً ولو شهدوا ان اباه مات وهو لابس هذا الثوب او هذا الخاتم، وصاحب اليد يجحد تقبل شهادتهم. وان كانت دابة فشهدوا ان اباه مات وهو راكب هذه الدابة او ان اباه مات وهو

حامل هذه المتاع يقبل ولو شهدوا انه مات وهو قاعد على هذا البساط او على هذا الفراش او نائم عليه ، لا تقبل اهـ . قال في الهندية : والاصل في جنس هذه المسائل ان الشهود اذا شهدوا على فعل من المورث في العين عند موته فهذا على وجهين – اما ان يشهدوا بفعل هو دليل اليد او بفعل ليس هو بدليل اليد فالذي هو دليل اليد في النقليات فعل لا يتصور ثبوته بدون النقل كاللبس والحمل ، او فعل يحصل عادة للنقل كالركوب في الدواب – وفي غير النقليات دليل اليد فعل يوجد من الملاك في الغالب كالسكنى في الدار فهذا النوع من الفعل اذا قامت البينة على وجوده من المورث في العين عند موته ، يقضى بالمدعى للمدعي . والذي ليس بدليل اليد في النقليات ، فعل يتأتى بدون النقل ولا يحصل في الغالب للنقل كالجلوس على البساط . وفي غير النقليات الذي ليس بدليل اليد ، فعل يوجد من غير الملاك في الغالب كالجلوس والنوم في الدار ، فهذا النوع من الفعل اذا قامت الشهادة على وجوده من المورث في العين عند موته لا يقضى بالعين للمدعي اهـ . معزياً للمحيط . التنبيه الثاني كما يشترط لقبول الشهادة في الارث الجر على ما بيناه آنفاً ، يشترط بيان سبب الوراثة كالبنوة والابوة والاخوة مثلاً قال في الخانية ادعى انه وارث فلان الميت واقام شاهدين فشهدا انه وارث فلان الميت لا وارث له سواه فان القاضي يسئلها عن السبب ولا يقضي قبل السؤال لاختلاف اسبابها والقضاء بالمجهول متعذر فان مات الشاهدان او غابا قبل ان يسئلها لا يقضي بشيء . اهـ . ويشترط ايضاً توضيح ذلك السبب وهو ان الميت اخوه لابيه وامه او لاحدهما وكذلك العم وابن العم والجد . قال في الهندية : ولو شهدوا انه ابن ابنه او اخوه او جده او جدته او مولاه ترد بلا بيان وذلك بان يقولوا في الاول بانه وارثه وفي الاخ اخوه لابيه وامه او لابيه او لامه ووارثه وفي الجد ابو ابيه او ابو امه وفي الجدة ام امه او ام ابيه وفي المولى معتقه او معتقته ووارثه لا نعلم له وارثاً غيره ولو شهدوا انه عمه او بن عمه لا يجوز حتى ينسبوا الميت والوارث حتى

يلتقيا الى اب واحد ويبينوا انه عمه او ابن عمه لابيه او لابيه وامه وانه وارثه . وفي الشهادة بانه ابنه او بنته او امه او ابوه لا يحتاج الى قوله ووارثه وعليه الفتوى ولا يشترط ذكر اسم الميت حتى لو شهدوا انه جده ابو ابيه ووارثه ولم يسموا الميت تقبل اھ . وفي السادس من جامع الفصولين ولو شهدوا انه اخو الميت لابيه وامه او لابيه ووارثه لا نعلم له وارثاً غيره جاز ولا يشترط ذكر الاسماء ( فش ) . ادعى انه ابن عم الميت يحتاج الى ان يذكر نسبة الاب والام الى الجد ليصير معلوماً لان انتسابه بهذه النسبة ليس بثابت عند القاضي فيشترط البيان ليعلم . ادعى انه اخوه لابيه وامه وشهدوا ولم يذكروا اسم الام والجد لا تقبل وقيل تقبل لانه ذكر محمد في ( كت ) برهن انه اخوه لابيه وامه تقبل ولم يشترط ذكر الجد وغيره اما لو ادعى انه ابن عمه لا بد ان يذكر اسم ابيه وجده اھ . قال محشيه الرملي قوله ادعى اني اخوه لابيه وامه الخ. اقول سئلت عمن ادعى ان الميت ابن ابن اخته شقيقته وشهدوا ولم يذكروا اسم ابي الميت ولا اسم ام ابيه ولا اسم ابي ام ابيه فاجبت بعدم القبول لما ذكر اھ . والحاصل ان ذكر اسم الميت واسم ابيه وابي الوارث في دعوى انه اخوه لابيه وكذا ذكر اسم الام وابيها ايضاً في دعوى انه اخوه لابويه قيل شرط قبول الشهادة وقيل لا واما ذكر اسماء الجميع في دعوى بنوة العم لاب وكذا ذكر اسم الجدة وابيها ايضاً في دعوى بنوة العم لابوين فالظاهر انه شرط اتفاقاً اذ لم يذكروا في ذلك خلافاً والظاهر ان دعوى العمومة كذلك كما تشعر به عبارة الهندية السابقة . وتحصل لنا ايضاً ان تصريح الشهود بان المدعي وارث الميت، شرط ايضاً الا في دعوى ان الميت ابو المدعي او امه او ولده فان الفتوى على عدم اشتراطه وكذا كل ما لا يحجب بحال كالزوجة والزوج كما في الفتح لكن استظهر في رد المحتار ان الجر وهو قول الشهود مات وتركه ميراثاً للمدعي مع قولهم لا نعلم له وارثاً غيره ، يغني عن اشتراط تصريح الشهود بان المدعي وارث الميت فليتأمل . التنبيه الثالث ذكر في التنوير

وشرحه الدر انه يشترط ايضاً لقبول الشهادة في الارث ، ان يقول الشهود لا وارث له غيره او لا نعلم له وارثاً غيره اه . وذكر في البحر معزيا للبزازية ان هذا انما يشترط لاسقاط التلوم عن القاضي . وكل مما ذكراه ليس على اطلاقه فان في المسئلة تفصيلًا ذكره في فتح القدير فقال : واذا شهدوا انه كان لمورثه تركه ميراثاً له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان كان ممن يرث في حال دون حال ، لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه — او يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر او لا فان لم يظهر يقضى بكله وان كان نصيبه يختلف في الاحوال يقضي بالاقل فيقضى في الزوج بالربع وفي الزوجة بالثمن الا ان يقولوا لا نعلم له وارثا غيره ، وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يقضى بالاكثر . والظاهر الاول ويأخذ القاضي كفيلًا عندهما ولو قالوا لا نعلم له وارثا في هذا الموضع كفى عند ابي حنيفة خلافاً لهما اه .

قال في رد المحتار فقد علم ان الوارث ان كان ممن قد يحجب حجب حرمان فذكر هذا الشرط لاصل القضاء — وان كان ممن قد يحجب حجب نقصان فذكره شرط للقضاء بالاكثر — وان وارثا دايما ولا ينقص بغيره فذكره شرط للقضاء حالاً بلا تلوم اه . التنبيه الرابع ذكر في الدر معزيـاً للبزازية انه يشترط لقبول الشهادة في الارث ان يدرك الشاهد الميت والا فباطلة لعدم معاينة السبب اه . اي سبب الملك . وقد تقرر ان الشهادة بالملك لا تثبت بالتسامع . وعبارة البزازية على ما في التكملة اذا شهد شاهدان ان فلاناً مات وترك هذه الدار ميراثا لابنه هذا ولم يدركا الميت ، فشهادتهما باطلة لانهما شهدا بملك لم يعاينا سببه ولا رأياه في يد المدعي اه .

قال في الهندية هذا اذا كان نسب المدعي معروفاً من الميت وان لم يكن نسبه معروفاً منه فشهدا انه ابن فلان بن فلان الميت وان فلاناً الميت ترك هذه الدار ميراثا له ولم يدركا الميت لم يذكر هذا الفصل ههنا وذكر في المنتقى اجيز شهادتهما في النسب وابطلها في الميراث كذا في المحيط وقال في التكملة بعد نقل عبارة البزازية المارة ما نصه : اقول

ج — ه

قال الصدر الشهيد في شرح ادب القاضي وان عاين الملك دون المالك بان عاين ملكاً بجدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعاين فلانا بوجهه ولا يعرفه بنفسه ، القياس فيه ان لا يحل الشهادة والاستحسان يحل لان النسب مما يثبت بالتسامع والشهرة فيصير المالك معروفاً بالتسامع ، والملك معروف فترتفع الجهالة لكن انما تقبل اذا لم يفسر الشاهد اما اذا فسر فلا اه . قلت وقدمنا هذا في الفائدة الثالثة من شرح الفقرة الاولى من المادة ١٦٨٨ عن الفتح وغيره . وقوله لكن انما تقبل اذا لم يفسر الشاهد الخ . يشير الى انه لا منافاة بين هذا وبين ما تقدم عن البزازية والمحيط آنفاً لان الشاهد لما لم يدرك الميت صار كانه فسر ان شهادته بالتسامع فلا تقبل في حق المال وان قبلت في حق ثبوت النسب لانه مما يثبت بشهادة التسامع كما تقدم هناك فتدبر .

وفي الهندية : لو شهدوا لو شهدوا على دار في يد رجل انها كانت لفلان جد هذا المدعي وقد ادركوا الجد ، والمدعي يدعي انها كانت لابيه فان جروا الميراث بان شهدوا انها كانت لجد هذا المدعي فلان مات وتركها ميراثا لابي هذا المدعي ثم مات الاب وتركها ميراثا لهذا المدعي ، تقبل الشهادة ويقضى بالدار للمدعي – وان لم يجروا الميراث فان لم يعلم تقدم موت الجد على موت الاب ، لا يقضى بالدار للمدعي بالاجماع وان علم ، فكذلك الجواب عند ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف اولاً . وبعض مشايخنا قالوا في هذه المسئلة لا يقضى بالدار للمدعي بلا خلاف ولو شهدوا على اقرار ذي اليد ان هذه الدار كانت لجد هذا المدعي ولم يجروا الميراث فان القاضي يقضي بالدار للمدعي اذا لم يكن له وارث آخر هكذا في الذخيرة اه . وفيها ايضاً قال في الاصل دار في يدي رجل جاء ابن اخي صاحب اليد واقام بينة ان هذه الدار كانت لجده مات وتركها ميراثا بين ابيه وعمه هذا الذي الدار في يده نصفين ثم مات ابوه وترك نصيبه ميراثا له فالقاضي يقبل هذه البينة ويقضي بالدار بين المدعي وبين عمه نصفين فان لم يقض القاضي ببينة ابن الاخ حتى اقام العم بينة ان اخاه وهو

ابو هذا المدعي مات قبل موت الجد وورث الجد منـه السدس ثم مات الجد وصار جميع الدار ميراثاً لي فهذه المسئلة على وجهين . الاول ان لا يكون في يد ابن الاخ شيء من تركة ابيه وفي هذا الوجه بينة ابن الاخ اولى والوجه الثاني ان يكون في يد ابن الاخ شيء من ميراث ابيه وباقي المسئلة بحالها وفي هذا الوجه ميراث الجد كله للعم وميراث الاخ كله لابن الاخ ويجعل كأنهما ماتا معاً كذا في المحيط اه . وقوله وورث الجد منه السدس يعني سدس تركة اخيه لا سدس الدار المدعى بها وهو ظاهر .

وتوجيه هذه المسئلة انه اذا لم يكن في يد ابن الاخ شيء من تركة ابيه تكون دعواه سدس ما تركه ابو المدعي ارثاً من الجد ، غير مسموعة فلم تبق الا دعواه موت اخيه قبل الجد فلا ، تقبل لما تقرر ان دعوى الموت المجردة لا تسمع لان الموت لا يدخل تحت القضاء . اما اذا كان بيد ابن الاخ شيء من تركة ابيه تكون دعواه بسدس ما بيده من تركة ابيه مسموعة فتسمع دعواه موت ابيه قبل جده حيث كانت ضمن دعوى مال الا ان الشهادة القائمة على موت ابي المدعي قبل الجد سقطت كما سقطت بينة ابن الاخ على موت الجد قبل ابي المدعي لتهاترهما فيجعل كانهما ماتا معاً فتسلم الدار جميعها للعم المدعى عليه ويسلم للمدعي جميع ما تركه ابوه هذا ما ظهر لي فتأمله . ويرشد الى بعض ما ذكرنا ، ما في الهندية ايضاً عن الذخيرة : اذا كانت الدار في يدي رجل وابن اخيه فادعى كل واحد ان اباه مات وتركها ميراثاً له لا وارث له غيره قضي بها بينهما نصفين فان قال العم كانت بين ابي واخي نصفين وصدقه ابن الاخ الا ان العم قال مات اخي قبل الجد وصار النصف الذي لاخي بين الجد وبينك اسداساً ثم مات الجد فورثت السدس منـه وقال ابن الاخ مات الجد اولاً وصار الذي للجد بينك وبين ابي نصفين ثم مات ابي فورثت ذلك منه فان لم تقم لهما ولا لاحدهما بينة يحلف كل واحد على دعوى صاحبه فان حلفا برئا وصار الحال بعد الحلف كالحال قبله . وقبل الحلف كانت الدار بينهما نصفين وان حلف احدهما ونكل الآخر

يقضى للحالف بما نكل له صاحبه وان اقام البينة احدهما قضي له بما شهدت له بينته وان اقاما جميعاً قضي بالدار بينهما نصفين اه . وتمام هذه المسائل فيما قبيل الباب السابع من كتاب الشهادات .

المادة ١٦٩٤ — اذا ادعى احد من التركة كذا ديناً وشهدت الشهود بان للمدعي في ذمة الميت مقدار ما ادعى من الدين يكفي ولا حاجة الى التصريح بكونه باقياً في ذمته الى مماته وكذا اذا ادعى بعين يعني لو ادعى انه كان له في يد الميت عين فالحال على هذا المنوال .

قد وقع في ترجمة هذه الفقرة الاخيرة ، خطأ فان عبارتها التركية هكذا ( دين يرينة عين ادعا اولنديغي صورتده يعني اول كمسه متوفا نك يد نده كندوسنك بر مال معيني اولد يغني دعوى ايتد كده دخي حال بومنوال اوزره در اه . ) فانت ترى انه ليس فيها ما يفيد ادعاء ملك العين في الماضي يعني ليس فيها ما ترجمته انه كان له في يد الميت عين فصواب الترجمة ان يقال يعني لو ادعى ان له في يد الميت عيناً معينة فالحال على هذا المنوال وبناء على هذا الخطأ قد كتب الشارح اللبناني ما كتبه في شرح هذه المادة وما يليها وستعلم تحقيق حكم هذه المسئلة في شرح المادة الاتية

وحاصل المراد من هذه الفقرة انه كما لا يحتاج في دعوى الدين الى تصريح الشهود بكونه باقياً في ذمة الميت الى مماته كذلك لا يحتاج في دعوى العين الى تصريحهم بكون العين باقية في يده الى مماته وهذا لان المدعي ادعى الدين او ملك العين في الحال والشهود شهدوا له بها كذلك .

والظاهر ان المراد بكون العين معينة ان المدعي بيَّن جنسها ونوعها وصفتها وليس المراد انها حاضرة حين الدعوى فانه لا معنى حينئذ للشهاد

بانها في يده الى مماته كما لا يخفى هذا ما ظهر لي في تقرير المراد من هذه الفقرة فتدبره .

المادة ١٦٩٥ — اذا ادعى على آخر ديناً فان شهد الشهود بان المدعى به دين في ذمة المدعى عليه للمدعي يكفي ولكن اذا سئل الخصم عن بقاء الدين الى وقت الادعاء فقال الشهود لا ندري ترد شهادتهم .

حاصل المراد من هذه المادة والتي قبلها ، انه لو ادعى احد ديناً على آخر ميت او حي للحال بان لم يقل كان لي عليه كذا وشهد الشهود له به كذلك يعني لم يقولوا كان له عليه كذا تكفي الشهادة ولا حاجة الى ان يصرح الشهود بان الدين باق في ذمة الميت الى مماته او في ذمة الحي الى حين الادعاء. نعم لو سأل الخصم الشهود عن بقاء الدين في ذمة الميت الى مماته او في ذمة الحي الى حين الادعاء. فقالوا لا ندري، ترد شهادتهم وهذا لان قولهم هذا صريح في انهم لا يشهدون به للحال بل في الماضي بخلاف ما اذا كانت شهادتهم ، مطلقة فان الظاهر انها شهادة للحال فتحمل عليه . بقي شيء لم تتعرض هذه المادة ولا التي قبلها لذكره وهي ما اذا ادعى شيئاً للحال فشهدا به في الماضي او ادعاه في الماضي فشهدا به للحال او كانت كل من الدعوى والشهادة في الماضي اما الاول فحاصل ما ذكره في الدر والبحر والفتح وجامع الفصولين فيما اذا كان المشهود به عيناً انها تقبل قالوا لان الشهادة بالملك المنقضي مقبولة لا باليد المنقضية ، لان اليد تتنوع بخلاف الملك ولان الشهادة اثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم المزيل قال في الفتح قال رشيد الدين بعد ما ذكر هذا ما معناه ولا يحل للقاضي ان يقول للشهود هل تعلمون انه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي ان يقول هل تعلمون انه خرج عن ملكه

فقط ذكره في المحيط اه . قال في البحر اي لانهم لو قالوا لا نعلم انه ملكه اليوم ، لا تقبل شهادتهم فيضيع حق المدعي ظاهراً فـلا يسئلهم — بخلاف ما اذا قـال لهم هل تعلمون انه خرج عن ملكه فانهم اذا قالوا لا نعلم انه خرج عن ملكه لا تبطل شهادتهم كما هو ظاهر اه .

قلت وهذا اذا كان المشهود به الملك المطلق — اما اذا شهدوا على العقد الموجب للملك ، فلا تبطل شهادتهم ، وان قالوا لا نعلم انه ملكه الان لما في البزازية وغيرها : لو شهدا انها زوجت نفسها ولا نعلم انها في الحال امرأته او لا — او شهدا انه باع منه هذه العين ولا ندري انها ملكه في الحال ام لا ، يقضى بالنكاح والملك للحال بالاستصحاب . والشاهد في العقد شاهد في الحال اه . هذا وقد بحث في الفصولين تبعاً للفصول العمادية في قبول الشهادة فيما اذا شهدا بالملك في الماضي بان هذا عمل بالاستصحاب وهو عمل بالظاهر والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق كما هو مقرر في محله وكلامنا في الاستحقاق فينبغي ان لا تقبل الشهادة فيه قال : ولكن فيه حرج فينبغي ان تقبل دفعاً للحرج اه . قال في نور العين على ما في التكملة قوله دفعاً للحرج هذا التعليل عليل كما لا يخفى على ذي فهم جليل اه .

اقول وبالله التوفيق بحث الفصولين ساقط لان ملك المدعي قد ثبت بشهادة الشهود لـه بالملك في الماضي ولم يثبت بالاستصحاب الا بقاؤه — وقد ذكر في رد المحتار اواخر باب الاختلاف في الشهادة نقلاً عن الفتح ، ان الاستصحاب وان لم يكن حجة لاثبات ما لم يكن لكنه حجة لابقاء الثابت . والحاصل ان الثابت هنا بالاستصحاب بقـاء ملك المدعي لحين الدعوى ، لا تجدده . ويرشد الى هذا تعليلهم لهـذه المسئلة بان الشهادة اثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحـال ما لم يعلم المزيل فتدبر .

هذا ما ذكروه ، فيما اذا كانت الدعوى والشهادة في العين — اما لو ادعى ديناً فشهد الشهود انه كان له عليه دين كذا ، فقد ذكر في الدر

ما نصه : شهدا في دين الحي بانه كان له عليه كذا تقبل - الا اذا سألهما الخصم عن بقائه الآن فقالا لا ندري . وفي دين الميت لا تقبل مطلقاً حتى يقولا مات وهو عليه اه . معزياً للبحر .

اقول كلام البحر هنا مضطرب فانه ذكر اولاً ان القول بقبول الشهادة في الدين ، بحث من العمادي فانه قال بعد ان ذكر قبول الشهادة في العين فعلى هذا لو ادعى الدين فشهدوا انه كان له عليه كذا ينبغي ان يقبل : كما في العين ، وانه استدل على القبول بما في الواقعات : لو اقر بدين عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ، ان شاهدي الاقرار يشهدان ان كان عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال : هذا دليل ايضاً على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل ثم نقل عن الفتح انه قال : وهذا الاستدلال غلط فانه اي صاحب الواقعات انما تعرض لما يسوغ له ان يشهد به لا للقبول وعدمه - بل ربما يؤخذ من منعه من احدى العبارتين دون الاخرى ثبوت القبول في احداهما دون الاخرى كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين انه قضاه فلا يشهدان حتى يخبرا القاضي بذلك وان القاضي حينئذ لا يقضي بشيء اه . ثم قال : والحاصل ان المنصوص عليه في العين ما سمعته يعني القبول - واما في الدين فالمنصوص عليه عدم القبول اه . ثم بعد هذا كله قال فتحرر انهما اذا شهدا في دين الحي بانه كان له عليه كذا تقبل الا اذا سئلها الخصم عن البقاء فقالا لا ندري وفي دين الميت لا تقبل مطلقاً اه . فليت شعري كيف تحرر له هذا مع ان الذي سبق له من التحرير ينافيه وقد كتب العلامة بن عابدين في حاشيته على البحر عند قول العمادي ينبغي ان تقبل كما في العين ما نصه : قال الرملي مع ان المنصوص عليه خلافه وسيأتي ان بحثه لا يعارض المنصوص ، اذ لا عبرة للابحاث في مقابلة النصوص اه وذكر في هامش فتاوي الانقروي من منهواته في الفصل الثامن في الاختلاف بين الدعوى والشهادة واختلاف الشاهدين نقلاً عن ابن نجيم يعني صاحب البحر من تعليقاته على الفصولين ما نصه : اعلم ان عدم القبول يعني فيما

اذا شهدا انه كان له عليه دين مجزوم به في النقل السابق — واما قوله ينبغي فهو من كلام العادي في فصوله فلا يفتى به واما قوله ان الفرع يعني فرع الواقعات يدل على القبول ، فقد رده في فتح القدير بانه غلط ولا يدل على القبول فكان المعتمد في المذهب عدم القبول وكذا افتيت به مراراً لكنه يحتاج الى الفرق بين الشهادة في العقد وبين الدين فان المصرح به في البزازية وغيرها بانه في العقد تقبل اه .

اقول لعل الفرق ان الشهادة بالعقد اثبتت الملك في الماضي فيثبت بقاؤه بالاستصحاب ما لم يعلم المزيل كما تقدم — بخلاف الدين فان الشهادة به في الماضي ، لم تثبت ملكاً لاحد لان الدين وصف في الذمة لا يملك ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها واذا لم يثبت بها الملك فلا يتصور ثبوت بقائه بالاستصحاب — نعم يحتاج الى الفرق بين الشهادة بالعقد الماضي حيث تقبل وان قالوا لا ندري انه ملكه الان ام لا كما تقدم عن البزازية ، وبين الشهادة بالملك المطلق في الماضي حيث ترد اذا قالوا لا ندري انه ملكه الان ام لا كما قدمناه عن البحر فليتأمل .

والظاهر ان مرادهم بالنص القائل بعدم القبول في الشهادة بالدين ، هو ما ذكره في الفتح : شهدا على اقرار رجل بدين فقال المشهود عليه اتشهد ان هذا القدر علي الان فقالا لا ندري اهو ملكك الان ام لا لا تقبل الشهادة اه . وكذا ما في القنية ادعى ديناً على مورثه وشهدا انه كان له على الميت دين كذا ، لا يقبل حتى يشهدا انه مات وهو عليه اه . لكن قال في البحر ان موضوع الاول في الشهادة على الاقرار وان الشاهد قال لا ادري اهو ملكك الان ام لا وهو ساكت عما اذا شهدوا انه كان له عليه كذا وقد بحث العادي انه ينبغي القبول وليس بمعارض للمنصوص عليه كما علمت اه . وعلى كلامه هذا بنى قوله فتحرر انهما اذا شهدا في دين الحي الى آخر ما نقلناه آنفاً عنه فقد اعتبر بحث العادي فيما لا يعارض النصين يعني في دين الحي لئلا يعارض نص القنية وفيما اذا لم يقولا لا ندري انه ملكه الان ام لا لئلا يعارض نص الفتح .

وفيه نظر فان ما في القنية ، وان كان نصاً في دين الميت لكنه ظاهر ايضاً في دين الحي ، انه لا تقبل ما لم يشهدوا ان الدين عليه حين الادعاء والتفرقة بين دين الحي ودين الميت ، يحتاج الى نص صريح في المذهب واين هو . وقد علمت ان القبول في الشهادة بالعين في الماضي ، مبني على انه ثبت اصل الملك بتلك الشهادة ثم ثبت بقاؤه بالاستصحاب لحين الدعوى . وهذا في الشهادة بالدين في الماضي لا يمكن لان الدين وصف في الذمة لا يملك . واذا لم يثبت الملك فلا يتصور ثبوت البقاء بالاستصحاب

فقد تحرر من هذا كله انه لو ادعى عيناً انها له فشهدا انها كانت له تقبل ما لم يقولا لا ندري انها الآن ملكه ام لا — الا اذا شهدا بالعقد فانها تقبل وان قالا ذلك . واما لو ادعى ديناً فشهدا انه كان له عليه دين كذا فانه لا تقبل حتى يقولا مات وهو عليه — في دين الميت او يقولا وهو عليه الان — في دين الحي هذا هو المنصوص عليه على ما قاله صاحب البحر في بحره وكذا في تعليقته على الفصولين كما تقدم ، وعلى ما جزم به الرملي كما نقلناه عن حاشية البحر — خلافاً لما بحثه العمادي من ان الشهادة بالدين تقبل كالشهادة بالعين ، ولما زعمه في البحر وتبعه في الدر من انها تقبل في دين الحي دون دين الميت نعم ذكر في الدر وحواشيه تبعاً للمنح ان ما في القنية يعارضه ما في معين الحكام عن المحيط من ان الدين يثبت على الميت بمجرد بيان الشاهد سببه من غير حاجة الى ان يقولا مات وهو عليه كما اذا شهدا على رجل انه جرحه ولم يزل صاحب فراش حتى مات ، يحكم به وان لم يشهدوا انه مات من جراحته لانه لا علم لهم به ذكره في البزازية . قال ابن عابدين في حاشية البحر ونقل بعض الفضلاء ان المقدسي قوى ما في معين الحكام وانه قال ان الاول ضعيف وان الاحتياط في امر الميت يكفي فيه تحليف خصمه مع وجود بينة وان في هذا الاحتياط ترك احتياط آخر في وفاء دينه الذي يحجبه عن الجنة وتضييع حقوق اناس كثيرين لا يجدون من يشهد لهم على هذا الوجه اه . وبه اعترض في نور العين على

صاحب جامع الفصولين اه . ما في حاشية البحر . وهو كلام حسن لكن يعكر عليه ما نقله قبل هذا وذكره ايضاً في التكملة من ان العلامة الرملي قال : ان ما نقل عن المحيط لا يعارض ما في القنية فان ما فيها فيما اذا ادعى الدين للحال فشهدا به في الماضي فلذا اقحم الشاهدان لفظ كان . وما فيه فيما اذا ادعى الدين للحال فشهدا كذلك ولذا لم يقولا كان وبه يحصل التوفيق فتأمل اه . اي فلا معارضة حينئذ بين النقلين حتى يقال ان ما في القنية ضعيف فاغتنم هذا التحرير فانه من مفردات هذا الكتاب .

بقي الكلام على الصورة الثانية وهي ما اذا ادعى الملك في الماضي فشهدا له بالحال عكس الاولى وعلى الصورة الثالثة وهي ما اذا ادعاه في الماضي وشهدا له به كذلك فقال في جامع الفصولين ولو ادعى ملكا في الماضي وشهدا به في الحال بان قال كان هذا ملكي وشهدا انه له قيل تقبل وقيل لا تقبل وهو الاصح – وكذا لو ادعى انه كان له وشهدا انه كان له ، لا تقبل لان اسناد المدعي يدل على نفي الملك في الحال اذ لا فائدة للمدعي في الاسناد مع قيام ملكه في الحال – بخلاف الشاهدين لو اسندا ملكه الى الماضي ، لان اسنادهما لا يدل على النفي في الحال لانهما لا يعرفان بقائه الا بالاستصحاب والشاهد قد يحترز عن الشهادة بما ثبت باستصحاب الحال لعدم تيقنه – بخلاف المالك اذ كما يعلم ثبوت ملكه يقيناً يعلم بقاءه يقيناً اه . هكذا في البحر .

# الفصل الثالث

## — في شروط الشهادة الاساسية —

المادة ١٦٩٦ — يشترط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق الناس

لان ثبوت حقوقهم يتوقف على مطالبتهم ولو بالتوكيل — بخلاف حقوق الله تعالى حيث لا يشترط فيها الدعوى لان اقامة حقوق الله تعالى، واجبة على كل احد فكل احد خصم في اثباتها فصار كأن الدعوى موجودة كذا في الدرر . قال في الحواشي السعدية : هذا لا يدل على شرطية سبق الدعوى بل على شرطية وجودها مطلقاً . والاصوب ان يقال لان الشهادة شرعت لتحقيق قول المدعي في حقوق العباد ولا يكون ذلك الا بدعواه سابقاً اه قلت وهذا الشرط اصل بني عليه اشتراط الموافقة بين الدعوى والشهادة — وبين شهادة الشاهدين كما سيأتي بيانه في الفصل الرابع الآتي .

المادة ١٦٩٧ — لا تقبل البينة التي اقيمت على خلاف المحسوس مثلاً اذا اقيمت البينة على موت احد وحياته مشاهدة او على خراب دار وعمارها مشاهد فلا تقبل ولا تعتبر .

قال في الخيرية ومن الشهادة التي يكذبها الحس، لو كانت البينة الشاهدة بمسوغات الاستبدال يكذبها — كما لو شهدوا مثلاً بان الدار سائغة للاستبدال، لانهدامها وحكم القاضي بشهادتهم وبيعت كما ذكر

ثم شهدت اخرى لدى حاكم بانها عامرة حين الاستبدال الى هذا الزمان ، وكان الحس يقضي بان عمارتها اوان الاستبدال ، هي العمارة القائمة في هذا الزمان ، فالقضاء بشهادة شهود الاستبدال حينئذ ، باطل اذ هو مبني على بينة يكذبها الحس الظاهر فهو بمنزلة من جاء حياً بعد الحكم بموته — اما اذا لم تكن كذلك فلا اه . قال في الحامديه وافتى بذلك المرحوم الجد وعلى هامشها فتاوي اخرى من الائمة اه .

المادة ١٦٩٨ — لا تقبل البينة التي اقيمت على خلاف المتواتر .

اي عند الناس كما ان الدعوى بخلاف المتواتر لا تسمع كما في فتاوي المرحوم علي افندي عن المحيط البرهاني لان التواتر يفيد علم اليقين كما سيأتي في المادة ١٧٣٣ فقبول البينة على خلافه تكذيب للثابت بالضرورة . والضرورات مما لا يدخله الشك عندنا . وسياتي في شرح المادة المذكورة وما يليها تحقيق معنى التواتر وقد افتى المرحوم علامة الروم علي افندي ، انه لو قضى القاضي بالبينة التي قامت على خلاف المشهور المتواتر لا ينفذ حكمه .

المادة ١٦٩٩ — انما شرعت البينة لاظهار الحق بناء عليه لا تقبل الشهادة بالنفي الصرف كقولك فلان ما فعل هذا الامر والشيء الفلاني ليس لفلان وفلان ليس بمديون لفلان .

ولا فرق في عدم القبول بين ان يكون المشهود به مما لا يحيط به علم الشاهد كالامثلة المذكورة او مما يحيط به علمه كمثال الفقرة الآتية . قال الحموي في شرح الاشباه يعني لان وضع الشهادة لاثبات خلاف الظاهر ولهذا تقدم احدى البينتين على الاخرى اذا كانت اكثر اثباتاً اه .

وهذا بمعنى قوله هنا انما شرعت البينة لاظهار الحق يعني لاظهار الحق بعد ان لم يكن ظاهراً — اي وما كان موضوعاً للاثبات لا يقبل للنفي — وهذا لان النفي ، عبارة عن العدم والعدم ظاهر بنفسه لانه اصل فلا يحتاج الى اظهار تدبر .

وتقييد هذه المادة النفي بكونه صرفاً ، يشير الى ان الشهادة بالنفي الذي يقصد منه اثبات امر وجودي ، تقبل وذلك في عشر مسائل ذكرها في الاشباه منها ما اذا علق طلاقها او عتقه على عدم دخول الدار مثلاً فشهدا انه لم يدخلها اليوم ، تقبل ، وان كانت على النفي لان الغرض من الشهادة اثبات امر وجودي وهو الطلاق او العتق . ومنها ما اذا ادعت على زوجها انه قال المسيح ابن الله وكفروبنت منه ولم يقل قول النصارى وقال قلت قول النصارى موصولاً بقولي المسيح بن الله فشهدا انه لم يقل قول النصارى ، تقبل ويقضى بالفرقة وهذا بخلاف ما لو قالا سمعناه يقول المسيح بن الله ولم نسمع منه غيره فانها ترد .

والفرق انهما شهدا هنا على عدم السماع لا على عدم القول فيجوز انه قال قول النصارى ولم يسمعوا والنكاح ثابت بيقين فلا يزال بالشك . وقال في البحر في توجيه قبول الشهادة على النفي في هذه الصورة ، انها في المعنى شهادة على امر وجودي وهو السكوت لانه عبارة عن انضام الشفتين عقيب التكلم بالموجب اه . افاده الحموي . ومنها ما اذا شهدا بخلع او طلاق ولم يستثن قال الحموي : لانه في المعنى شهادة على امر وجودي وهو ضم الشفتين عقب التكلم بالموجب اه . ومنها ما اذا شهدا ان الاجل لم يذكر في عقد السلم .

اقول ينبغي ان يقال في هاتين المسئلتين ما قيل في المسئلة قبلها من التفرقة بين قول الشاهدين لم يستثن او لم يذكر الاجل في عقد السلم وبين قولهما ما سمعنا الاستثناء او ما سمعنا ذكر الاجل وليراجع . ومنها في الشهادة بالارث اذا قالوا لا وارث له غيره . ومنها اذا شهدا ان الظئر ارضعت الصبي بلبن الشاة لا بلبنها . قال الحموي لان النفي داخل

في ضمن الاثبات حتى لو اقتصرا على قولها ما ارضعته بلبنها لا تقبل قيامها على النفي مقصوداً . ولو برهنا فبينة الظئر اولى كما في جامع الفصولين اهـ ملخصاً وانظر هل يقال في المسائل قبلها كذلك يعني لو برهن كل من مدعي دخول الدار في مسئلة التعليق ومدعي انه قال قول النصارى المسيح ابن الله ومدعي الاستثناء ومدعي ذكر الاجل في عقد السلم على دعواه تكون بينته اولى لم اره وليراجع .

ولكن بينة النفي المتواتر مقبولة مثلاً لو ادعى احد باني اقرضت فلاناً في الوقت الفلاني في المحل الفلاني كذا مقداراً من الدراهم واثبت المدعى عليه بالتواتر انه لم يكن في الوقت المذكور في ذلك المحل بل كان في محل آخر تقبل بينة التواتر ولا تسمع دعوى المدعي .

كون بينة النفي المتواتر مقبولة ، ليس على اطلاقه - بل هو مخصوص بما اذا كان النفي المشهود به مما يحيط به علم الشاهد كما هو في المثال المذكور هنا فان علم الشاهد يحيط بنفي المشهود به ، اذ انه يستحيل عادة ان يوجد المشهود به في زمان معين ومكان معين مع وجود المشهود عليه في مكان آخر في ذلك الزمان المعين فشهادة التواتر على ذلك يفيد علماً ضرورياً بان شهود الاثبات كذبة - بخلاف ما اذا قامت شهادة التواتر على ان المشهود عليه ، لم يقل او لم يفعل او لم يقر فأن علمهم لا يحيط بنفي المشهود به فان غاية استنادهم في هذه الشهادة على عدم مشاهدتهم الفعل وعدم سماعهم القول والاقرار ، وهذا لا يلزم منه تكذيب شاهدي الاثبات لجواز ان يشاهدا او يسمعا ما لم يشاهده او يسمعه غيرهما . يرشد الى ما قلنا ، قول الاشباه لا فرق في عدم قبول شهادة النفي يعني الغير المتواتر بين ان يحيط به علم الشاهد او لا اهـ . فان قوله هذا مع قوله

ان بينة النفي المتواتر مقبولة قد يرشد الى ان قبول بينة النفي المتواتر انما هو فيما يحيط به علم الشاهد اذ حينئذ تظهر ثمرة التعميم في عدم قبول شهادة النفي الغير المتواتر ولو كانت تقبل شهادة النفي المتواتر مطلقاً اي سواء احاط به علم الشاهد اولاً ، لما كان للتعميم في عدم قبول شهادة النفي الغير المتواتر ثمرة . وعبارة البزازية في نوع في الشهادة على النفي من الشهادات هكذا : شهدا انه استقرض من فلان في يوم كذا في بلد كذا فبرهن على انه لم يكن في ذلك اليوم في ذلك المكان بل كان في مكان اخر ، لا يقبل لان قوله لم يكن فيه نفي صورة ومعنى . وقوله بل كان في كذا ، نفي معنى واصله ما ذكر في النوادر عن الثاني : شهدا عليه بقول او فعل ، يلزم عليه بذلك اجارة او بيع او كتابة او طلاق او عتاق او قتل او قصاص في مكان وزمان وصفاه فبرهن المشهود عليه انه لم يكن يومئذ ثمة ، لا تقبل — لكنه قال في المحيط ان تواتر عند الناس وعلم الكل عدم كونه في ذلك المكان والزمان لا تسمع الدعوى عليه ويقضى بفراغ الذمة ، لانه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة والضروريات مما لا يدخلها الشك عدلاً الى كلام الثاني وكذا كل بينة قامت على ان فلاناً لم يقل ولم يفعل ولم يقر اهـ . كلام البزازية فانظر كيف اطلق عدم قبول بينة النفي حتى فيما يحيط به علم الشاهد ثم استدرك عليه بما في المحيط من ان بينة النفي اذا تواترت تقبل في تلك الصورة يعني فيما يحيط به علم الشاهد ثم عدل الى كلام الثاني يعني ابا يوسف القايل بعدم قبول شهادة النفي فقال وكذا كل بينة اي وان كانت متواترة اذا قامت على ان فلانا لم يقل الخ لا تقبل لان مثل هذا النفي لا يحيط به علم الشاهد لما قلنا من ان شاهدي الاثبات قد يشاهدان ويسمعان ما لم يشاهده او يسمعه غيرهما هذا . وقد ذكروا انه لو ادعى انه ابن عم الميت لابيه واقام بينته على النسب وذكر الشهود اسم ابي الميت وجده والمدعى عليه اقام البينة ان جد الميت فلان آخر غير ما اثبته المدعي قالوا لا تقبل لانها قامت على النفي .

ويظهر لي انه لو قامت بينة التواتر على ذلك تقبل لان كون جد الميت فلاناً غير ما اثبته المدعي، مما يحيط علم الشاهد به فيثبت ذلك بالضرورة فيلزم من قبول شهادة المدعي تكذيب الثابت بالضرورة فترد فاغتنم هذا التحرير المستطاب فانك لا تجده في غير هذا الكتاب .

المادة ١٧٠٠ - يشترط ان لا يكون في الشهادة دفع مغرم او جر مغنم يعني ان لا تكون داعية لدفع المضرة او جلب المنفعة .

لما في الخانية ومن التهمة المانعة عن الشهادة ان يجر الشاهد بشهادته الى نفسه مغنماً او يدفع عن نفسه مغرماً اه .

بناء عليه لا تقبل شهادة الاصل للفرع والفرع للاصل يعني لا تقبل شهادة الاباء والاجداد والامهات والجدات لاولادهم واحفادهم ولا شهادة الاولاد والاحفاد للاباء والاجداد والامهات والجدات .

لان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم واتصالها يوجب ان تكون الشهادة لنفسه من وجه او ان تتمكن فيه الشبهة هداية اما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له فتح . قال في البحر وقيد بالشهادة لهم لان الشهادة على اصله وفرعه مقبولة - الا اذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه قلنا انها لا تقبل لوجود المانع من المشهود له . وفي المحيط قال محمد رجل شهد لابن ابنه على ابيه تقبل لانه حين شهد عليه لم يصر جداً لولده بل يصير جداً بعد حكم الحاكم

بشهادته فحينئذ يصير جداً والشيء لا ينفي موجب نفسه اه . وهذا التعليل يفيد ان الكلام في شهادة الاب على اقرار ابنه بان ما ولدته زوجته ابنه لا في الاموال والاول في الاموال اه . ما في البحر وعليه فما ذكره في الاشباه من ان شهادة الاصل لفرعه لا تقبل الا اذا شهد الجد لابن ابنه على ابيه اه ، ليس على اطلاقه بل هو في صورة مخصوصة وهي ان يشهد بابنية ابن ابنه لا في مال . ووجهها ما تقدم من انه لحين الشهادة لم يكن جداً لابن الابن وانما يصير جداً بعد حكم الحاكم . قال الحموي في شرحه على الاشباه : وهذا التوجيه متعين وذكر انه لا وجه لاطلاق صحة الشهادة لابن الابن على الابن حتى يصح استثناؤها اه . وجزم بهذا ابو السعود في حاشيته على شرح مسكين لكن قال في المنح قلت وفي شرح النظم الوهباني لشيخ الاسلام عبد البر بن الشحنة ذكر ان شهادة الانسان لابن ابنه على ابنه مقبولة وعزاه الى قاضيخان واطلقه ولم يقيده بحق دون حق . ولعل وجه القبول ان اقدامه على الشهادة على ولده وهو اعز عليه من ابن ابنه ، دليل على صدقه فتنتفى التهمة التي ردت لاجلها الشهادة اه . اقول عبارة قاضي خان هكذا : امرأة ولدت ولداً وادعت انه من زوجها هذا وجحد الزوج ذلك فشهد على الزوج ابوه وابنه ان الزوج اقر انه ولده من هذه المرأة قال في الاصل جازت شهادتهما ولو شهد ابو المرأة وجدها على اقرار الزوج بذلك لا تقبل شهادتهما لانهما يشهدان لولدهما ولو ادعى الزوج ذلك ، والمرأة تجحد فشهد عليها ابوها انها ولدت واقرت بذلك ، اختلفت فيه الرواية قال في الاصل لا تقبل شهادتهما في رواية هشام وتقبل في روايه ابي سليمان واذا شهد الرجل لابن ابنه على ابنه جازت شهادته انتهت بحروفها .

وهي تتضمن ثلاث مسائل الاولى ان تدعي المراة ان الولد من زوجها هذا ويجحد فشهد على الزوج ابوه وابنه تقبل شهادتهما لان الجد لم يصر جداً للولد المجحود الا بعد الحكم بشهادته . الثانية ان يشهد على الزوج ، والمسئلة بحالها ابو المراة وجدها ، لا تقبل لان بنوة الولد المجحود لبنتهما

ثابتة باقرارها فتكون شهادة لفرعه . الثالثة ان يدعي الزوج ان الولد ابنه من زوجته هذه فتنكر فيشهد ابوها وجدها على اقرارها بانها ولدته ففي رواية هشام لا تقبل . وكأنه لان هذه الشهادة في نفس الامر للولد وهما جده لامه وفي رواية ابي سليمان تقبل لان الولد المجحود لم يصر ابن ابنهما الا بعد الحكم بشهادتهما نظير المسئلة الاولى فالظاهر انه اعقبها بقوله واذا شهد الرجل لابن ابنه على ابنه يريد به ان يشهد ببنوته له كما هي المسئلة الاولى وقصد باعادة ذكرها ترجيح رواية ابي سليمان، اذ لا فرق يظهر بين المسئلتين حيث لم يصر الولد المجحود ابن ابن الا بعد الشهادة .

وبقيت مسئلة رابعة لم تتعرض لها عبارة الخانية وهي ما اذا ادعى الزوج وانكرت المراة فشهد ابو الزوج وجده على اقرار المراة بانها ولدته. والظاهر انها لا تقبل نظير المسئلة الثانية لان كونهما جداً للولد المجحود، ثابت باقرار ابيه الذي هو ابنهما وليراجع فظهر بما قررناه ان قول الخانية اخر عبارته المارة واذا شهد الرجل لابن ابنه على ابنه تجوز، ليس على اطلاقه بل هو مخصوص في تلك الصورة وعليه فلا منافاة بين ما في الخانية وبين ما نقله صاحب البحر عن المحيط لان مآلهما واحد ويشهد لذلك اطلاق عامة المتون والشروح والفتاوى عدم جواز شهادة الاصل لفرعه وان سفل بلا استثناء . واستناد العلامة ابن الشحنة فيما قاله على قاضيخان، ليس في محله وما اتى به صاحب المنح من التعليل، عليل لان شهادة الاصول للفروع والفروع للاصول، شهادة للنفس لان المنافع بينهم متصلة كما قدمناه عن الهداية ولو صح هذا التعليل، لقبل شريح شهادة الحسن لأبيه علي رضي الله عنهما لتحقق ارتفاع التهمة عن الحسن بقول النبي صلى الله عليه وسلم للحسن والحسين (هما سيدا شباب اهل الجنة في الجنة) مع انه ردها وقال لعلي صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن ائت بشاهد آخر وهذه القصة دوارة في الكتب وللعلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر، تعليل لمسائل الخانية الثلاثة غير ما ذكرناه ، ثم

كلامه متدافع اعرضنا عن ذكره وتركناه فراجعه ان شئت فاغتنم تحقيق هذه المسئلة واتبذ ما ذكره الشارح اللبناني هنا وما نقله ثم نقل عن فتاوي الشيخ شهاب الدين الشلبي انه افتى بعدم قبول شهادة الام لبنتها على بنت لها اخرى لان شهادة الام على احد البنتين وان كانت مقبولة — لكن لما تضمنت الشهادة للاخرى ردت وانه افتى ايضاً بعـدم قبول شهادة الاب على ولده لابنته اه . وفي البحر عن الولوالجية وتجوز شهادة الابن على ابيه بطلاق امراته ، ان لم يكن لامه او لضرتها لانها شهادة على ابيه وان كانت لامه او لضرتها لا تجوز لانها شهادة لامه اه .

وقوله وان كانت لامه الخ . يعني وكانت الام تدعي اذ لو كانت تجحد ، قبلت . يدل عليه ما صرح هو به معزياً للولوالجية ايضاً حيث قال . وفيه عنها رجل : شهد عليه بنوه انه طلق امهم ثلاثا وهو يجحد — فان كانت الام تدعي فالشهادة باطلة وان كانت تجحد فالشهادة جائزة لانهـا اذا كانت تدعي فهم يصدقونها فيما تدعي ويعيدون البضع الى ملكهـا بعد ما خرج واما اذا كانت تجحد فيشهدون على امهم وهذه من مسائل الجامع الكبير . واورد ان الشهادة بالطلاق شهادة بحق الله تعالى فوجود دعوى الام وعدمها ، سواء لعدم اشتراطها واجيب بانه مع كونه حقاً لله تعالى ، فهو حقها ايضاً فلم تشترط الدعوى للاول واذا وجدت اعتبرت مانعة للقبول عملاً بهما اه ملخصاً .

وفي التكملة عن خزانة الاكمل شهد ابناه ان الطالب ابرأ اباهمـا واحتال بدينه على فلان ، لم تجز اذا كان الطالب منكراً وان كان المال على غير ابيهما فشهدا ان الطالب احال به اباهما والطالب ينكر والمطلوب يدعي البرائة والحوالة ، جازت اه . وفيها عن المحيط البرهاني وان شهد ابنا الوكيل على عقد الوكيل فهو على ثلاثة اوجه ، الاول ان يقر الموكل والوكيل بالامر والعقد وهو على وجهين فان ادعـاه الخصم قضى القاضي بالتصادق لا بالشهادة وان انكر فعلى قولهما لا تقبل ولا يقضى بشيء الا في الخلع فانها يقضي بالطلاق بغير مال لاقرار الزوج به وهو الموكل وعند

محمد يقضي بالعقد الا بعقد ترجع حقوقه الى العاقد كالبيع . الثاني ان ينكر الوكيل والموكل فان جحد الخصم لا تقبل والا تقبل اتفاقاً . الثالث ان يقر الوكيل بها و يجحد الموكل العقد فقط فان ادعاه الخصم يقضي بالعقود كلها الا النكاح على قول ابي حنيفة وتمامه فيه اه ما في التكملة. وفي واقعات المفتين لقدري افندي معزياً للبزازية : شهدا لابيها ان امرأته ارتدت والعياذ بالله تعالى ان كانت امها حية لا تقبل لان فيه نفع الام وهو اندفاع الضرة عنها - ولن كانت ميتة ان ادعى الاب ذلك لا تقبل لان الفرقة تقع باقراره فاثر الشهادة في اسقاط الصداق ونفقة العدة فكانت للاب وان جحد الاب تقبل لان فيه ضرراً له بزوال الزوجية . وان كان فيه نفع فذاك مجحود مشوب بضرر اه . وفي فتاوي الانقروي ولو وكله بدين له على رجل وغاب وشهد على ذلك ابنا الطالب ، والمطلوب يجحدها ، لم تقبل الشهادة . وان اقر المطلوب بها وادعى اخذها جازت و كذا في الوكالة بالخصومة وشهادة ابني الوكيل على الوكالة لا تقبل وكذا شهادة ابويه واجداده واحفاده اه . وفي واقعات المفتين معزياً لقاضيخان: رجل شهد على قضاء ابيه لرجل قال ابو يوسف لا تجوز شهادة الرجل على قضاء ابيه لرجل وتجوز شهادته على شهادة ابيه وقال الحسن بن زياده واذا شهد ابنا القاضي لرجل على رجل ان اباهما قضى لهذا على هذا ، لم تقبل شهادتهما عند ابي حنيفة قال وفيها قول اخر انها تجوز وبه نأخذ . رجل ادعى على رجل حقاً فشهد للمدعي ابنا القاضي قال محمد القاضي يقبل شهادة الابنين ولو شهدا ان اباهما قضى للمدعي على هذا المدعى عليه لا تقبل شهادتهما اه . وفي البزازية ذكر في شفعة الاصل : اذا شهد البايع واولاده ان الشفيع قد طلب من المشتري والمشتري ينكر والدار في يد المشتري ، لا تقبل شهادتهم ، لان البايع يريد بهذا تحويل العهدة عن نفسه وروى ابن سماعة لو شهدا ابنا البايع ان الشفيع سلم الشفعة، جاز . ولو شهد البايع بذلك ، لم يجز ولو شهدا ابنا البايع ان المشتري سلم الشفعة للشفيع لم يجز اه .

ح — ٥

## وهكذا شهادة الزوجين للآخر

اطلقه فشمل ما لو كان المشهود له منها مملوكا ففي الهندية عن الحاوي ولا تقبل شهادة الزوج لامرأته وان كانت مملوكة ايضاً ولا شهادة المرأة لزوجها وان كان مملوكاً ايضاً اه . وعلله في البحر عن البزازية بان المشهود له منها له حق في المشهود به وشمل ما اذا كانت الزوجية بينهما حكمية ، لما في الدر عن القنية طلقها ثلاثاً وهي في العدة ، لم تجز شهادته لها ولا شهادتها له . وفي الخانية وان شهد الرجل لامرأة بحق ثم تزوجها ، بطلت شهادته ولو شهد لامرأته وهو عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائناً وانقضت عدتها روى بن شجاع ان القاضي ينفذ شهادته اه . قال في البحر بعد نقله عبارة الخانية وبه علم ان الزوجية انما تمنع منها وقت القضاء لا وقت الاداء ولا وقت التحمل اه . قال ط وانظر ما لو شهد لها ثم تزوجها ثم طلقها وانقضت عدتها هل يقضي بها اه

اقول كون الزوجية لا تمنع وقت الاداء ، قد علم من عبارة الخانية المذكورة . واما كونها لا تمنع وقت التحمل فانما تعلم مما نقله في المنح عن البزازيه لو تحملها حال نكاحها ثم ابانها وشهد لها بعد انقضاء عدتها تقبل اه . لكن هذه العبارة التي نقلها عن الخانية لم ارها فيها بهذا اللفظ في فصل فيمن لا تقبل شهادته للتهمة وانما عبارتها في هذا الفصل هكذا : شهد الاجير لاستاذه وهو اجير شهر فلم ترد شهادته ولم يعدل حتى مضى الشهر ثم عدل لا تقبل شهادته لان شهادته لم تكن مقبولة فلم تصر مقبولة كمن شهد لامرأته ثم طلقها قبل التعديل لا تقبل شهادته . وان شهد ولم يكن اجيراً ثم صار اجيراً قبل القضاء بطلت شهادته لان قيام الشهادة الى وقت القضاء شرط لجواز القضاء وهو كما لو شهد وهو عدل ففسق قبل القضاء . ولو ان القاضي لم يرد شهادته وهو غير اجير ثم صار اجيراً

ثم مضت مدة الاجارة ، لا يقضي بتلك الشهادة ، وان لم يكن اجيراً عند الشهادة ولا عند القضاء ، لان اعتراض الاجارة على الشهادة ابطال للشهادة فلو ان القاضي لم يبطل شهادته ولم يقبل فاعاد الشهادة بعد انقضاء مدة الاجارة ، جازت شهادته الثانية وهو كما لو شهد لامرأته فلم يرد القاضي شهادته حتى ابانها ثم اعاد الشهادة جازت شهادته ولو ان القاضي رد شهادته الاولى لامرأته ثم اعادها بعد البينونة لا تقبل شهادته لان شهادته ردت في هذه الحادثة وكل شهادة ردت في حادثة لا تقبل بعد ذلك ابداً فكذلك في مسئلة الاجير اه فانت ترى انه ليس فيها ان القاضي ينفذ شهادة احد الزوجين للاخر اذا اداها حال الزوجية ولفا فيه انه لو اعاد الشهادة بعد البينونة وانقضاء العدة تقبل شهادته الثانية ، اذا لم يكن ردها القاضي .

وكيف يقال ان شهادته التي اداها حال الزوجية تقبل بعد البينونة مع انه لو كان اداها بعد الزوجية ثم تزوجها ثم ابانها لا يقضى بها كما سمعت وهي الصورة التي توقف فيها العلامة الطحطاوي في حاشيته على الدر وامر بالنظر فيها فاذا كان اعتراض الزوجية مبطلاً لها ، فلأن تبطل اذا اديت حال الزوجية اولى — حتى لو فرض ان ما نقله عن الخانية بلفظه المذكور موجود فيها في غير هذا الفصل لوجب حمل قوله ان القاضي ينفذ شهادته ، على ما اذا اعادها توفيقاً بين كلامي الخانية او يقال ان ما رواه ابن شجاع رواية اخرى غير ما نقلناه عنها .

فقد ظهر بهذا ان ما جزم به محشي الدر العلامة الرحمتي رحمه الله على ما نقله في التكملة من ان الزوجية مانعة من الشهادة عند القضاء وعند الاداء لا عند التحمل ، هو الصواب ، وان تكلف في اخراج كلام الدر عن ظاهره — فان ما نقلناه عن الخانية شاهد له وما نقله في البحر عن الخانية لو سلم وجوده فيها ، لا يعارضه على ما قررناه . وهذا اي منع الزوجية من الشهادة عند القضاء او الاداء في باب الشهادة قال في البحر : واما في باب الرجوع في الهبة فهي مانعة منه وقت الهبة لا وقت الرجوع

فلو وهب لاجنبية ثم نكحها فله الرجوع بخلاف عكسه وفي باب اقرار المريض الاعتبار لكونها زوجته وقت الاقرار فلو اقر لاجنبية ثم نكحها ومات وهي زوجته صح وفي باب الوصية الاعتبار لكونها زوجته وقت الموت لا وقت الوصية اه .

واعلم ان قول الخانية فيما نقلناه عنها وكل شهادة ردت في حادثة الخ ، يستثنى منه اربعة العبد والصبي والاعمى والكافر على المسلم فانه لو شهد احدهم فردت ثم عتق وبلغ وابصر واسلم وشهد بتلك الحادثة بعينها تقبل كما في الدر قال : وادخال الكمال احد الزوجين مع الاربعة ، سهو واقره على ذلك محشوه . وفي فتاوي الانقروي عن زبدة الفتاوي : اخ واخت ادعيا ارضا وشهد زوجها ورجل اخر ترد شهادتهما في حق الاخت والاخ فان الشهادة متى رد بعضها يرد كلها اه . وفيها عن القاعدية ملت وترك ابنا وبنتين فادعى الابن بالارث عيناً والاختان لم تدعيا فشهد زوجا البنتين للابن على ذي اليد لا تقبل لان ما ثبت له ثبت لزوجة الشاهد اه .

## واما الاقرباء الذين هم ماعدا هؤلاء تقبل شهادة احدهم للاخر

في الخانية شهادة الاخ لاخيه ولاولاده جائزة وكذلك الاعمام واولادهم والعمات والخالات والاخوال وتجوز شهادة الرجل لام امراته وابيها ولزوج ابنته ولامراة ابنه اه . وفي التكملة عن الوهبانية اذا كان مع المدعي اخ او ابن عم يخاصمان له مع المدعى عليه ثم شهد لا تقبل شهادته في هذه الحادثة بعد هذه الخصومة وكذا كل قرابة وصاحب تردد في المخاصمة سنين لانه بطول التردد صار بمنزلة الخصم للمدعى عليه اه . لكن في الدر عن الخزانة لو تخاصم الشهود والمدعى عليه تقبل لو عدولا اه . قال في البحر وينبغي حمله على ما اذا لم يساعدوا المدعي في الخصومة او لم يكثر ذلك توفيقاً اه . وهو يعني قول بعضهم معنى تخاصم الشهود في قول الخزانة ان يخاصماه عند اداء الشهادة عليه بان نسبها الى الكذب فدفعا عن انفسهما .

ووفق الرملي بغير هذا فقال مفهوم قوله لو عدولا انهم اذا كانوا مستورين لا تقبل وان لم تمتد الخصومة للتهمة بالمخاصمة واذا كانوا عدولا تقبل لارتفاع التهمة مع العدالة فحمل ما في القنية وهو المذكور في الوهبانية على ما اذا لم يكونوا عدولا قال وما قلناه اشبه لان المعتمد في باب الشهادة العدالة اه

**وكذلك لا تقبل شهادة من يتعيش بنفقة شخص له ولا شهادة الاجير الخاص لمستأجره واما الذين هم خدام الشخص فتقبل شهادة كل منهم للاخر**

المراد من المتعيش بالنفقة من كان خادماً بغير اجر طمعاً في طعام المخدوم وشرابه او تابعاً وهو من كان عالة عليه ياكل معه وفي عياله وان لم يخدمه ومثلها التلميذ الخاص وهو الذي يتعلم منه علما او غيره من الصنائع ويدخله في نفقته . ووجه عدم قبول شهادة هولاء انهم يعدون ضرر المخدوم والمتبوع والاستاذ ضرراً لهم ونفعه نفعاً لهم وقيد الاجير بكونه خاصاً لان الاجير العام تقبل شهادته . والفرق ان الاجير الخاص منافعه مستحقة للمستاجر ولهذا لا يجوز له ان يؤجر نفسه من اخر في تلك المدة فلو جازت شهادته للمستاجر كانت شهادة بالاجر لان شهادته من جملة منافعه فلا تقبل - بخلاف الاجير العام فانه لا يستوجب اجراً الا بعمله فاذا لم يستوجب بشهادته شيئا انتفت الشبهة عن شهادته ولا فرق في الاجير الخاص بين ان يكون مستاجراً مشاهرة او مسانهة او مياومة على ما هو الصحيح كما في التكملة عن الخلاصة . وفي منهوات الفتاوى الانقروية عن العيون ان اجير المياومة تقبل شهادته لمستاجره بخلاف اجير المشاهرة والمسانهة ، لانهما يعدان من عياله يدخلان عليه وياكلان طعامه ولا كذلك اجير المياومة اه - لكن ما قدمناه من التعليل يقتضي عدم الفرق . وفي البزازية عمم عدم قبول شهادة الاجير الخاص ثم

قال وفي العيون قال محمد استاجره يوماً فشهد له في ذلك اليوم القياس ان لا يقبل اه . واما شهادة الاستاذ للتلميذ والمستاجر للاجير ، فمقبولة لان منافعها ليست بمملوكة للمشهود له كما استنبط صاحب الفتح من العلة والحديث – لكن نقل في التكملة عن التتارخانية عن الفتاوي الغياثية ولا تجوز شهادة المستاجر للاجير ونقل عن حاشية القتال عن محيط السرخسي قال ابو حنيفة في المجرد لا ينبغي للقاضي ان يجيز شهادة الاجير لاستاذه ولا الاستاذ لاجيره اه . وليس بعد النقل الا الرجوع اليه . وفي البحر لا تقبل شهادة المستاجر للآجر بالمستاجر والمستعير للمعير بالمستعار اه . وفي الهندية ذكر في المنتقى لو استاجر داراً شهراً فسكن الشهر كله ثم جاء مدع آخر فشهد بها المستاجر ورجل آخر معه فالقاضي يسئل المدعي عن الاجارة اكانت بامره او بغير امره – فان قال كانت بامري ، لم تقبل شهادة المستاجر لانه مستاجر شهد بالمستاجر للآجر وان قال كانت بغير امري تقبل شهادته لانه ليس بمستاجر في حقه ولو لم يسكن الشهر كله لم تجز شهادته وان لم يدع المدعي ان الاجارة كانت بامره اه – لكن في الخانية ما نصه مستاجر الدار اذا شهد مع رجل اخر ان الدار للذي آجره او شهد للمدعي ان الدار للمدعي ذكر الناطفي رحمه الله تعالى انه تجوز شهادته في الوجهين في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وان كانت شهادته في الوجه الاول لتصحيح الاجارة وفي الوجه الثاني لاثبات حق الفسخ لنفسه ومع ذلك قال تجوز شهادته سواء كانت الاجرة رخيصه او غالية وقا ابو يوسف رحمه الله تعالى لا تجوز شهادته في الوجه الثاني في اثبات حق الفسخ لما فيه من اسقاط الاجرة عن نفسه ولو كان الشاهد ساكناً في الدار بغير اجر جازت شهادته في الوجهين اه . ونقل مثله في الهندية ايضا عن محيط السرخسي – فقد افاد ان جواز شهادة المستاجر للآجر بالمستاجر متفق عليه وانما خالف ابو يوسف الامام في شهادته للمدعي فقال لا تجوز لما فيه من اسقاط الاجرة عن نفسه . ثم ان هذا التعليل يقتضي ان هذا في شهادته اثناء مدة الاجارة والا فهذا التعليل لا يظهر فيما اذا اشهد له

بعد انقضاء مدة الاجارة كما لا يخفى فتامل وذكر في الهندية ان شهادة اجير احد الشريكين لشريك الاخر لا تقبل ووجهه ظاهر .

وكذلك لا تقبل شهادة احد الشركاء للاخر في مال الشركة.

لانها شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهم فيه وهذا لانه يصير شاهداً لنفسه في البعض . وشهادة المرأ لنفسه ، غير مقبولة فاذا بطلت في نصيبه بطلت في نصيب شريكه ايضا لانها شهادة واحدة فلا تتجزأ . ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة زيلعي .

قال في البحر واطلق الشركة فشمل شركة الاملاك وشركة العقود عنانا ومفاوضة ووجوها وصنائع . وفي الهندية قال محمد رحمه الله تعالى في الاصل اذا شهد رجلان ان لهما ولفلان على هذا الرجل الف درهم فهذا على وجوه الاول ان ينصا على الشركة بان شهدا لفلان ولهما على هذا الرجل الف درهم مشترك بيننا وفي هذا الوجه لا تقبل شهادتهما اصلاً الثاني اذا نصا على قطع الشركة بان قالا نشهد ان لفلان على هذا خمساية وجبت على حدة ولنا عليه خمساية وجبت بسبب على حدة وفي هذا الوجه تقبل شهادتهما في حق فلان الثالث اذا اطلقا الشهادة اطلاقا وفي هذا الوجه لا تقبل الشهادة اصلاً اه . ولو شهد رجلان لرجلين على آخر بالف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على ذلك الرجل بالف ايضا فان كان المشهود عليه حيا قبلت هذه الشهادة اتفاقا وان كان ميتا تقبل ايضا على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لابي يوسف رحمه الله لان كل فريق يشهد بالدين في الذمة وهي تقبل حقوقا شتى فلم تقع الشركة ولو شهد كل فريق للاخر بعين من تركة الميت قبلت الشهادة اتفاقا اما لو شهد كل فريق للاخر بان الميت اوصى له بالثلث فلا تقبل اتفاقا لان حقهم في التركة وهو الثلث ، يقسم بينهما فهي شهادة في مشترك بينهما وهو حق شائع

في جميع المال فكانت شهادة الشريك لشريكه وهي لا تصح – بخلاف شهادة اثنين ان الميت اوصى بهذه العين لهذين الشخصين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بعين آخر فانها تقبل لانه لا شركة في ذلك لان كلاً شهد بعين اخرى فلم يبقوا شركاء. هذا ما لخصه الشارح اللبناني من الدر والتكملة من باب القبول وعدمه من كتاب الشهادات وقد ذكرت هذه المسايل في فصل في شهادة الاوصياء من كتاب الوصايا من الدر متناً وشرحاً وفيها زيادة ما لو شهد الرجلين بوصية عين كعبد ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بالوصيه بثلث ما له او بدراهم مرسلة ، فلا تقبـل لاثباتها الشركة في المشهود به اذ الثلث محل الوصية فيكون مشتركاً بينهم . وقد نقل ط هناك بعد ذكر المسئلة الاولى الخلافية عن شرح الحموي ما نصه : قال الشيخ قاسم في حاشيته على المجمع وعلى قول ابي يوسف اعتمد النسفي والمحبوبي . قال المقدسي ان اراد النسفي صاحب الكنز ، فان ما فيه قول محمد وهو قبولها في الدين فقط . ثم قال وينبغي عند الفتوى في مثل هذا ان كان الشهود معروفين بالخير ، ان يعمل بقول محمد ومعه ابو حنيفة والا فبقول ابي يوسف اهـ . ووجـه قول ابي يوسف ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الاخر فكانت الشهادة فيه مثبتة للشركة فتحققت التهمة رد المحتار قـال في البحر .

---

وهنا مسائل متفرعة على عدم قبول شهادة الشريك لشريكه الاولى شهد ان زيداً اوصى بثلث ماله لقبيلة بني فلان وهما من تلك القبيـلة صحت ولا شيء لهما منها . الثانية لو اوصى لفقراء جيرانه وهمـا منهم فالحكم كذلك . الثالثة لو اوصى لفقراء اهل بيته وهما منهم ، لم يصح ولو كانا غنيين صحت والفرق بين الاولين والثالثة انه يجوز فيها تخصيص البعض منهم بخلاف في الثالثة . الرابعة لو اوصى لفقراء جيرانه فشهد من له اولاد محتاجون منهم لم تقبل مطلقـا في حق الاولاد وغيرهم والفرق بينها وبين اولادهما ان المخاطب لم يدخل تحت عموم خطابـه فلم

يتناولها الكلام بخلاف الاولاد فانهم داخلون تحت الشهادة وانما ادخلنا المتكلم في مسئلة الشهادة لفقراء اهل بيته باعتبار انهم يحصون بخلاف فقراء جيرانه وبني تميم وذكر قاضي خان في فتاواه من الوقف لو شهدا انها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه وهما منهم جازت ولو على فقراء قرابته لا قال الناطفي في الفرق ان القرابة لا تزول والجوار يزول فلم تكن شهادة لنفسه لا محالة اه . واهل بيت الانسان لا يزول عنهم الاسم لانهم اقاربه الذين هم في عياله اه وتمامه فيه . وفي الهندية عن الوجيز للكردري اهل القرية او اهل السكة الغير النافذة شهدوا على قطعة ارض انها من قريتهم او من سكتهم، لا تقبل . وان نافذة ان ادعى لنفسه حقا لا تقبل وان قال لا اخذ شيئا تقبل اه . وفي التكملة عن قاضي خان دار بيعت ولها شفعة وانكر البايع البيع فشهد بذلك بعض الشفعاء ان كان لا يطلب الشفعة وقال ابطلت شفعتي جازت شهادته والا لا لان حق الشفعة مما يحتمل الابطال اه . وفيها عن البزازية شهادة اهل المدرسة على وقفية وقف عليها وكذا الشهادة على وقف مكتب وللشاهد صبي في المكتب وشهادة اهل المحلة في وقف عليها وشهادتهم بوقف المسجد والشهادة على وقف المسجد الجامع وكذا شهادة ابناء السبيل اذا شهدوا بوقف على ابناء السبيل فالمعتمد القبول في الكل اه

وتوجيه القبول في هذه المسائل ان كون الشاهد من فقهاء المدرسة او ان له صبيا في المكتب او كونه من اهل المحلة وهكذا غير لازم بل يزول فلم يكن شهادة لنفسه لا محالة بخلاف ما اذا شهد احد من ذرية زيد بوقفية زيد وقفا على ذريته فان ذلك لا يزول فلا تقبل وتمام تحقيق ذلك في البحر ثم قال :

## ﴿ تنبيه ﴾

وهذا الكلام كله في شهادة الفقهاء باصل الوقف على المدرسة اما شهادة المستحق فيما يرجع الى الغلة لشهادته باجارة ونحوها لم تقبل لان له

حقا في المشهود به فكان متهماً فكان داخلًا في شهادة الشريك لشريكه فهو نظير شهادة احد الدائنين بدين مشترك بينهما اه وتمامه فيه .

ولا تقبل شهادة الكفيل بالمال بان الاصيل ادى المكفول به ولكن تقبل شهادة احدهما للاخر في سائر الخصومات .

مما لا تعلق له بالكفالة وكذا الحكم لو شهد الكفيل بان المكفول له ابرأ الاصيل من الدين لما في الهندية واذا كان لرجل على ثلاثة نفر الف درهم شهد اثنان منهم ان صاحب الدين ابراهما وفلانا عن الالف الذي كان له عليه وعليهما فـان كان البعض كفيلًا عن البعض لا تقبل شهادتهما اصلا وان لم يكن البعض كفيلًا عن البعض فان شهدا انه ابراهما وفلانا بكلمة واحدة لا تقبل شهادتهما اصلًا وان شهدا انه ابرأهما على حدة وفلانا على حدة ، تقبل شهادتهما في حق فلان اه . وفي الخانية : رجل اشترى جارية وكفل له رجلان بما يلحقه فيها ثم شهد الكفيلان ان البايع انتقد الثمن لا تقبل شهادتهما وكذا لوشهد ان البايع ابرأه عن الثمن اه . وفي البزازية في نوع في الشهادة على النفي من الشهادات : الكفيل بنفس المدعى عليه شهد ان المدعى عليه قضى المال الذي كانت الدعوى والكفالة لاجله ، لا يقبل في الصحيح اه . ووجه عدم قبول شهادة الكفيل في المسئلتين ، انه بشهادته يجر نفعاً لنفسه ذلك ببرائته من المـال في الصورة الاولى ، اذ برائة الاصيل توجب برائته منه ومن المطالبـة في الصورة الثانية .

## فروع

رجل معه شاة مر عليه انسان فقال له الذي في يده اذبحها ثم جاء

رجل وادعى ان صاحب اليد اغتصب الشاة منه واقام البينة على ذلك شاهدين احدهما الذابح قال في الاصل لا تقبل شهادة الذابح لانه اقر على نفسه بالضمان للمشهود له وقال عيسى بن ابان رحمه الله تعالى ينبغي ان تجوز هذه الشهادة . رجلان عندهما وديعة فشهدا على من اودعهما بذلك المال للمدعي جازت شهادتهما . ولو شهدا على اقرار المدعي لمن اودعهما والمال قايم او مستهلك لم تقبل شهادتهما لانهما غاصبان في حق المدعي منهما يريدان بشهادتهما اخراج انفسهما عن عهدة الضمان . ولو شهدا بذلك بعد ردهما المال على من اودعهما جازت شهادتهما . اذا شهد الوصي بدين للميت والورثة صغار او بعضهم صغار ، لا تقبل شهادته لانه يثبت بشهادته حق نفسه . ولو كانت الورثة كباراً جازت شهادته . ولو شهد بدين على الميت جازت شهادته على كل حال . الغاصب اذا شهد بالمغصوب لغير المغصوب منه والمغصوب في يده لا تقبل شهادته وان شهد بعد رد المغصوب على المغصوب منه جازت شهادته . تجوز شهادة رب الدين لمديونه بما هو من جنس دينه ولو شهد لمديونه بعد موته بمال ، لم تقبل شهادته لان الدين لا يتعلق بمال المديون في حياته ويتعلق بعد وفاته . رجل باع عبداً وسلمه الى المشتري ثم ادعى رجل انه اشتراه من المشتري وانكر المشتري فشهد البائع للمدعي لا تقبل شهادته لان فيه تبعيد العهدة عن نفسه . رجلان شهدا على رجل انه باع داره من هذا المدعي بالف درهم على انهما كفيلان بالثمن قال محمد رحمه الله تعالى : ان كان ضمانهما في اصل البيع لم تقبل شهادتهما لان البيع يتم بضمانهما فكانهما باعا . وان لم يكن الضمان في اصل البيع جازت شهادتهما . ثلاثة نفر لهم على رجل دين فشهد اثنان منهم على الثالث انه ابرأ المديون عن حصته لا تقبل شهادتهما لانهما يدفعان شركة الثالث فيما يقبضان من المديون — وكذا لو قبضا شيئاً من المديون ثم شهدا انه ابرأه عن حصته — وقال محمد رحمه الله تعالى ان شهدا بذلك قبل ان يقبضا شيئاً من المديون تقبل شهادتهما وان شهدا بذلك بعد القبض لا تقبل . رجل مات واوصى الى رجلين فخاصم رجل

وادعى ديناً على الميت فقضى الوصيان دينه بغير حجة ثم شهدا له بالدين لا تقبل شهادتهما ويضمنان ما دفعا . ولو شهدا اولا ثم امرهما القاضي بقضاء الدين وقضيا لا يلزمهما الضمان – وكذا لو شهدا الوارثان على الميت بدين جازت شهادتهما قبل الدفع ولا تقبل بعد الدفع الكل من الخانية من الشهادات الا الاخيرة فمن فصل في تصرفات الوصي من الوصايا . مات الرجل عن ورثة فاقر وارثاه بدين على الميت لرجل ثم شهدا بهذا الدين لذلك الرجل عند القاضي قبل ان يلزم القاضي باقرارهما الدين في حصتهما من التركة تقبل لان بمجرد اقرارهما قبل القضاء عليهما لا يحل الدين في قسطهما وان قضى عليهما باقرارهما ثم شهدا به له عليه لا يقضى بشهادتهما لانهما يريدان ان يحولا بعض ما لزمهما على باقي الورثة فكانت جر مغنم ودفع مغرم بزازية في الشهادة على النفي وفيها في نوع آخر في شهادة المودعين: شهد المودعان بكون الوديعة ملك المدعي ، يقبل ولو شهدا ان المدعي اقر انه ملك المودع ، لا الا اذا شهدا به بعد ما رد الوديعة على صاحبها ولو شهد المرتهنان للمدعي ، قبلت و بعد هلاك الرهن ، لا و يضمن قيمته للمدعي لاقراره بالغصب ولو شهدا على اقرار المدعي بكون المرهون ملك الراهن لا يقبل قائماً كان او هالكاً الا اذا شهدا بعد رد الرهن على الراهن وكذا اذا انكر المرتهنان فشهد الراهنان بذلك لا يقبل وضمنا قيمته للمدعي لما ذكرنا . شهد الغاصبان بالملك للمدعي لا يقبل الا بعد الرد على المغصوب منه و بعد الهلاك في يدهما ، لا تقبل . شهد المستقرضان بالملك للمدعي لا تقبل بعد الرد وقبله لان رد عينه كرد مثله لعدم التعين اه . وتوجيه هذه المسائل يعلم من الخانية . شهادة الوكيل للموكل بعد العزل ان خاصم لا تقبل وان لم يخاصم تقبل وهو قول ابي حنيفة كذا في الذخيرة . ولو وكله بكل حق له قبل فلان بحضرة القاضي فخاصمه في الف فعزل فان شهد بذلك الالف ردت شهادته للموكل وان شهد بمال آخر لا ترد وان لم يعلم القاضي بوكالته وانكر فلان وكالته واثبتها بالبينة ثم عزل وشهد ردت شهادته للموكل في كل حق قائم وقت

ج ـ ه

التوكيل الا اذا شهد بحق حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ تقبل كذا في الكافي . رجل ادعى عند القاضي على رجل ان فلاناً وكله بالخصومة في كل حق له قبل هذا المدعى عليه وقبل فـلان وفلان واقام البينة على الوكالة بالصفة التي ادعى وقضى القاضي بذلك او لم يقض ثم عزله الموكل فشهد المعزول للموكل بحق قبل هذا الذي احضره او قبل الاخرين ، لا تقبل شهادته الا ان يشهد بحق حادث بعد التوكيل او عـلى رجل غير النفر الثلاثة فتقبل شهادته كذا في صنوان الفقها . رجل وكل رجلاً بالخصومة في كل حق له وقبضه من الناس مطلقاً او في مصر وقدم الوكيل رجلاً واقـام البينة وجعله القاضي خصماً ثم اخرجه الموكل من الوكالة ، لم تجز شهادته لا على هذا الرجل ولا على غيره ممن كان للموكل عليه حق يوم وكله ، ولا ما حدث بعد ذلك عـلى الناس الى يوم اخرجه من الوكالة كذا في الخلاصة . ولو شهـد بحق حدث بعد العزل قبلت شهادته كذا في المحيط . الوكيل بقبض الدين ، تجوز شهادته بالدين كذا في الوجيز للكردري الكل من الهندية وتمام المسائل فيها .

المادة ١٧٠١ — شهادة الصديق لصديقه مقبولة ولكن اذا وصلت صداقتهما الى مرتبة يتصرف احدهمـا في مال الاخر فلا تقبل شهادة احدهما للاخر .

للتهمة . وهذه المسئلة نقلها في الدر عن فتاوي صاحب التنوير معزياً لمعين الحكام .

المـادة ١٧٠٢ — يشترط ان لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية وتعرف العداوة الدينوية بالعرف

تقييد العداوة بكونها دنيوية لاخراج مـا اذا كانت دينية فانها لا

تمنع لانها تدل على كمال دينه وعدالته . وهذا لان المعاداة قد تكون واجبة بان راى منكراً شرعاً ولم ينتهِ بنهيه الا ترى ان شهادة المسلم على الكافر تقبل معا بينهما من المداوة الدينية وهذا بخلاف العداوة الدنيوية اي الناشئة عن اسباب دنيوية فانها حرام فمن ارتكبها لا يؤمن عليه من التقول افاده الزيلعي وغيره وهو يقتضي ان علة رد شهادته فسقه بارتكابه المحرم وعليه فكما لا تقبل شهادته على عدوه لا تقبل على غيره كما استنبطه ابن وهبان من التعليل مطلقًا بان الفسق لا يتجزأ حتى يكون فاسقاً في حق شخص عدلاً في حق غيره ومال اليه صاحب البحر واستوجهه العلامة ابن عابدين في حاشيته عليه بل قال العلامة ابو السعود في حاشيته على مسكين مقتضى التعليل بان العداوة فسق وهو لا يتجزأ ، رد شهادة العدو مطلقاً سواء كانت على عدوه او له لكن سياق كلام البرجندي على ما نقل عنه الحموي تخصيص المنع بما اذا كانت عليه فلوله قبلت لعدم التهمة .

وحاصله ان تعليل رد الشهادة بالفسق ، يقتضى المنع من القبول مطلقاً سواء كانت الشهادة على العدو او له . والتعليل بالتهمة ، يقتضى تخصيص المنع بما اذا كانت الشهادة عليه فلوله قبلت ولعل في المسئلة قولين لان منهم من علل بالاول ومنهم من علل بالثاني اﻫ . ونقل العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر عن محشيه الرملي ما نصه : الظاهر من كلامهم ، ان عدم القبول انما هو للتهمة لا للفسق ويؤيده ما يأتي عن ابن الكمال في اصلاح الايضاح حيث قال ان شهادة العدو لعدوه جايزة عكس شهادة الاصل لفرعه اﻫ . وما صرح به يعقوب بشا وكثير من علمائنا صرح بان شهادة العدو على عدوه لا تقبل فالتقييد بكونها على عدوه ينفي ما عداه وهو المتبادر للافهام فتأمله اﻫ .

اقول يمكن ان يقال ان العداوة بسبب الدنيا وان كانت فسقا لانها عبارة عن الحقد المحرم الا ان الحقد امر خفي لانـه من افعال القلوب فلا يصلح ان يكون مداراً لعدم قبول شهادة من ادعى عليه ارتكابه

فسقط اعتباره ما لم يظهر للقاضي ما يدل عليه ولو كان له اعتبار لما تصور وقوع الخلاف الآتي لان كلمتهم متفقة على ان الفسق يمنع من قبول الشهادة . يرشد الى ما قلنا ما في مجمع الانهر حيث قال في شرح قول الملتقى ولا تقبل شهادة العدو بسبب الدنيا على عدوه ما نصه : لان المداوة لا حل الدنيا حرام فيظهر بالشهادة عليه عداوته اما اذا شهد لمنفعته قبلت لعدم ظهور فسقه من عداوته فيحمل على تركها . ومما يؤيده ايضاً ما صرح به في البحر وغيره من ان في المسئلة قولين مصححين احدهما ان العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها او يجلب منفعة او يدفع بها مضرة عن نفسه واختارها ابن وهبان واقره ابن الشحنة قبيل التنبيه والثاني انها تمنع مطلقا اي وان لم يفسق الشاهد بسببها ولم يجلب منفعة او يدفع مضرة وهو اختيار المتأخرين ومنهم اصحاب المتون كالكنز والوقاية والغرر والتنوير . ومعلوم ان معنى التفسيق ان يكون سبب العداوة مفسقاً كقذف الشاهد للمشهود عليه. وقطعه الطريق عليه وما اشبه ذلك وهذا ظاهر في ان الفسق بنفس العداوة التي هي عبارة عن الحقد المحرم، غير متلفت اليه - والا لما تصور وقوع الخلاف في المسئلة ولا تصور اشتراط التفسيق وما عطف عليه على القول الاول ، لاتفاق كلمتهم ان الفسق مانع من قبول الشهادة وهو حاصل بنفس العداوة . ثم ان علة عدم القبول على القول الاول ، هي الفسق او جلب المنفعة او المضرة ليس الا - وعلى القول الثاني هي كل من التهمة والفسق اذا كان سبب العداوة مفسقا او التهمة فقط فيما اذا لم يكن كذلك .

ومتى كانت العلة هي الفسق سواء كان وحده او مع التهمة امتنع القبول مطلقاً سواء كان على العدو او له او على غيره ، لما تقدم من ان الفسق لا يتجزأ . فتحرر من هذا ان العداوة الكائنة بين المتقاذفين او المتشاجرين على محرم كقمار ولعب وشرب خمر تمنع من قبول شهادة كل منهما على الاخر وله وعلى غيره اتفاقا للفسق والعداوة الكائنة بين القاذف والمقذوف وبين الجارح والمجروح وبين المقطوع عليه الطريق والقاطع

و بين المقتول وليه والقاتل تمنع من قبول شهادة القاذف على المقذوف والجارح على المجروح الخ اتفاقا ايضا لما ذكرنا كما لا تقبل شهادة هولاء ايضا على الغير واما شهادة المقذوف على القاذف والمجروح على الجارح الخ فعلى القول الاول تقبل لان سبب العداوة لم يفسق بها الشاهد وانما فسق بها المشهود عليه وعلى القول الثاني لا تقبل لتهمته بالعداوة المحرمة حيث ظهر اثرها بالشهادة عليه حتى لو شهد له تقبل وبما حررناه بتوفيق الله تعالى يحصل التوفيق بين ما ظاهره التنافر والتعارض في كلامهم . وبه ايضا يستغنى عن ما وفق به المنلا عبد الحليم في حاشيته عل الدرر على ما نقله عنه في التكملة حيث قال ان التحقيق ان من العداوة ما هو موثر في العدالة كعداوة المجروح للجارح وعداوه المقتول وليه للقاتل ومنها ما هو غير موثر كعداوة شخصين وقعت بينهما مضاربة او مشاتمة او دعوى مال او حق في الجملة فشهادة النوع الاول لا تقبل كما هو المصرح في غالب كتب اصحابنا والمشهود على السنة فقهائنا . وشهادة النوع الثاني ، تقبل لانه عدل قال : وبهذا التحقيق يحصل التوفيق بين الروايتين و بين المتن يعني الغرر والشرح يعني الدرر وان لم يهتد اليه المص الحمد لله الذي هدانا لهذا اهـ . على ان في النفس من هذا التحقيق اشياء لا تخفى على ذي فطنة .

## ﴿ تنبيهات ﴾

الاول ذكر في البحر ان العدو من يفرح لحزنك و يحزن لفرحك وقيل يعرف بالعرف اهـ . وانت ترى ان المجلة اقتصرت على الثاني وهو الذي ينبغي التعويل عليه لان عداوة الشاهد للمشهود عليه يمكن ظهورها للقاضي بواسطة العرف والعادة فان سبب العداوة التي يدعيها المشهود عليه ان كان يو دي الى العداوة بحكم العرف والعادة يكلفه القاضي الى اثباته بخلافها على التعريف الاول فان كون الشاهد يفرح لحزن المشهود عليه و يحزن لفرحه

هو امر خفي لا يمكن ظهوره للقاضي فكيف يكون مداراً للحكم عليه بانه عدو . الثاني ذكر في البحر عن ابن وهبان ما نصه : قد يتوهم بعض المتفقهة والشهود ان كل من خاصم شخصاً في حق وادعى عليه حقاً ، انه يصير عدوه فيشهد بينهما بالعداوة وليس كذلك بل العداوة تثبت بنحو ما ذكرت — نعم لو خاصم الشخص آخر في حق لا تقبل شهادته عليه في ذلك الحق كالوكيل لا تقبل شهادته فيما وكل فيه ونحو ذلك لانه اذا تخاصم اثنان في حق لا تقبل شهادة احدهما على الآخر لما بينهما من المخاصمة اه . ويعني في ذلك الحق كما ذكر اولا . والظاهر ان مراده بنحو ما ذكرت عداوة المقذوف للقاذف والمقطوع عليه الطريق للقاطع كما في البحر وكذا المقتول وليه للقاتل والمجروح للجارح كما في حاشية ابي السعود وهذا قريب مما تقدم آنفاً عن المنلا عبد الحليم وليس المراد حصر العداوة بانها لا تثبت الا بهذه الاشياء كما اشار الى ذلك بقوله نحو ما ذكرت فان المخاصمة بين اثنين في حق من الحقوق كارض او دار إغتصبها احدهما من الآخر على زعم انها ملكه اذا طالت وامتدت بينهما الشكاوي والخصومات قد تؤدي في العرف والعادة الى عداوة بينهما وقد يحكم لاحدهما على الاخر فيبقى المحكوم عليه مقهوراً لزعمه انه حكم عليه ظلماً او بشهادة زور او نحو ذلك فتتمكن فيه العداوة ولربما يؤخذ هذا مما جنحت اليه المجلة من تحكيم العرف يعني في معنى العداوة وثبوتها فليحفظ هذا قال في البحر : واعلم انه لو شهد رجل على آخر ثم خاصمه في شيء قبل القضاء لا يمتنع القضاء بشهادته الا اذا ادعى انه دفع له كذا لئلا يشهد عليه وطلب الرد واثبت دعواه ببينة او اقرار او نكول فحينئذ بطلت شهادته وهو جرحٌ مقبول كما صرحوا به وسيأتي اه . الثالث ذكر في البحر عن ابن وهبان لو ادعى شخص عداوة آخر يكون بمجرد دعواه اعترافاً منه بفسق نفسه ولا يكون ذلك قادحا في عدالة الشاهد انه عدو ما لم يثبت المدعي انه عدو له اه . هكذا اطلق .

والظاهر ان كيفية اثبات كونه عدواً له ان يثبت السبب الذي تثبت به العداوة بحكم العرف . وهذا لما قدمناه من ان العداوة التي هي عبارة عن الحقد ، امر خفي لا يمكن اطلاع الشاهد او القاضي عليه ولا يعلم الا باخبار الحاقد عن نفسه فليحفظ هذا . الرابع ذكر في البحر لو قضى القاضي بشهادة العدو على عدوه او على غير عدوه هل يصح اولا ان قلنا ان المانع من قبول الشهادة هو الفسق فيكون حينئذ صحيحا نافذاً لان القاضي اذا قضى بشهادة الفاسق نفذ قضاؤه ويصح وان قلنا انه لمعنى آخر اقوى من الفسق لا يصح في حق العدو ويصح في حق غيره اه. قال محشيه العلامة ابن عابدين قال الرملي وصرح يعقوب باشا في حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضي بشهادة العدو على عدوه اه يعني وان كان سبب العداوة مفسقا ، لان رد شهادته حينئذ ليس لمحض الفسق بل للفسق مع التهمة ايضا كما قررناه انفا — بخلاف شهادته على غير عدوه فانه ترد لمحض الفسق فينفذ القضاء بشهادته عليه فتدبر . الخامس نقل العلامة ابن عابدين في حاشية البحر عن معين الحكام ان من موانع قبول الشهادة العصبية وهو ان يبغض الرجلُ الرجلَ لانه من بني فلان او من قبيلة كذا ثم قال : اقول من التعصب ان يبغضه لانه من حزب فلان او من اصحابه او من اقاربه او المنسوبين اليه اه . وقدم قبل هذا بورقتين عند نقله عن يعقوب باشا عدم نفاذ قضاء القاضي بشهادة العدو على عدوه ما نصه : اقول وقياسه يقتضي ان العصبية كذلك فلا ينفذ قضاء القاضي بشهادته ، لانه الذي يبغض الرجل لكونه من بني فلان او من قبيلة كذا اه .

وقد كنت سئلت عن مطران الطائفة اليعقوبية من النصارى ترك مذهب اليعقوبية واعتنق مذهب الكاثوليك وصار مطرانا في كنيسة هؤلاء حتى تعصب عليه افراد الطائفة اليعقوبية فادعى عليه مطران الطائفة اليعقوبية الذي صار خلفاً له ان جميع الدار الفلانية والدكاكين العشرة وذكر حدودهم

التي انشأها المدعى عليه انما انشأها من مال الكنيسة اليعقوبية حتى انه اقر بذلك وبانه وقفها على الكنيسة المذكورة وهو ينكر ويريد المدعي اقامة بينته على اقراره المذكور ووقفه ذلك من افراد الطائفة اليعقوبية فاجيبت بعدم قبول شهادة هؤلاء حيث كانوا من افراد الطائفة المتعصبين عليه لتركه مذهبهم الى مذهب اخر لان العصبية من موانع قبول الشهادة كما في معين الحكام وقد ذكر في الدر ان شهادة الاشراف من اهل العراق لا تقبل لتعصبهم قال محشوه لانهم قوم يتعصبون فاذا ناب احداً منهم نائبة اتى سيد قومه فيشفع له فلا يؤمن ان يشهد له بزور اه وفي البحر وعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته اه .

## المادة ١٧٠٣ — ليس لاحد ان يكون شاهداً ومدعياً بناءً عليه لا تصح شهادة الوصي لليتيم والوكيل لموكله

اي ولو بعد العزل والبلوغ غير ان الوصي لا تقبل شهادته لليتيم وان لم يخاصم قبل عزله او قبل بلوغ الصبي لحلوله محل الميت ولذلك لا يملك عزل نفسه بلا عزل قاض فكان كالميت نفسه فاستوى خصامه وعدمه — بخلاف الوكيل لو شهد بعد عزله للموكل فانه ان خاصم في مجلس القاضي ثم شهد بعد العزل لا تقبل اتفاقاً للتهمة والا قبلت عندهما لعدمها . وقال الثاني لا تقبل ايضاً كالوصي لان عنده بمجرد الوكالة يصير خصماً وان لم يخاصم افاده في الدر متناً وشرحا . وما ذكره من عدم قبول شهادة الوصي بعد خروجه من الوصاية هي رواية الزيادات وهي المذكورة في اكثر الكتب . والذي في شرح حيل الخصاف ، ان شهادة الوصي بعد ما خرج من الوصاية للميت ، مقبولة وهو المذكور في التتمة كذا في هامش الفتاوي الانقروية عن المحيط البرهاني قال وقد ذكرت المسئلتان في البزازية ولم يتعرض لما بينهما من المخالفة اه .

اطلق الوصي فشمل وصي الميت والقاضي وكما لا تصح شهادته اي شهادة الوصي لليتيم لا تصح للميت ولا فرق في عدم صحة شهادة الوصي لليتيم بين ان يكون المشهود به مالا او غير مال كما اذا شهد له انه طلب الشفعة وان فلانا ابرأه من كذا ، او شهد له بنسب ولا فرق ايضاً بين ان يكون المشهود به موروثا عن الميت اولا . والمراد بالوكيل الذي ترد شهادته للموكل ، الوكيل بالخصومة حتى لو كان وكيلا بقبض الدين تجوز شهادته بالدين الذي وكل بقبضه لموكله كما صرح به في شرح تحفة الاقران . قيدنا المخاصمة بكونها في مجلس القاضي لانه لو خاصم في غيره قبلت عندهما خلافاً للثاني كما لو شهد في غير ما وكل فيه او شهد عليه كما في جامع الفتاوي . واوضح هذا في البزازية حيث قال وكله عند القاضي بالخصومة فخاصم المطلوب بالف درهم عند القاضي ثم عزله فشهد ان لموكله على المطلوب مائة دينار تقبل — بخلاف ما لو وكله عند غير القاضي وخاصم المطلوب بالف وبرهن على الوكالة ثم عزله الموكل عنها فشهد على المطلوب بمائة دينار مما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة ، لا تقبل لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصما في حقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد العزل بالدنانير شهادة الخصم فلا تقبل بخلاف الاول ، لان علم القاضي بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصما في غير ما وكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل بحق اخر اه ملخصاً من التكملة

وقوله ما كان له على المطلوب بعد القضاء بالوكالة الخ تنصيص على المتوهم لان عدم القبول اولى اذا كانت المائة دينار المشهود بها على المطلوب قبل القضاء ،بالوكالة — لكن هذا بعد حمل ما ذكره على ما اذا كانت الوكالة التي اتصل بها القضاء ، عامة بان وكله بالخصومة في كل حق له قبل الناس او قبل اهل هذا البلد فان خصومة الوكيل حينئذ تنصرف الى كل حق للوكيل حتى الى الحادث بعد الوكالة قبل العزل فلا تقبل شهادة ذلك الوكيل الذي خاصم بعد عزله في شيء من الحقوق الا في حق حدث

بعد العزل -- بخلاف ما اذا كانت الوكالة خاصة كما اذا وكله في الخصومة في كل حق له على رجل معين وبقبضه منه فانها لا تتناول الحادث بعد الوكالة فاو خاصم ثم عزل ثم شهد بحق للموكل حادث بعدها تقبل .

والحاصل ان في الوكالة العامة بعد الخصومة لا تقبل شهادة الوكيل لموكله على المطلوب ولا على غيره في القايمة والحادثة الا في الحادث بعد العزل واما في الخاصة فلا تقبل فيما كان على المطلوب قبل الوكالة وتقبل في الحادث بعدها . هذا ملخص ما في البزازية والتكملة والفتاوي الانقروية . قال في التكملة والذي يظهر لي ان هذا كله على قول ابي يوسف والا ناقض الكلام بعضه تامل اه .

وقد تاملنا فوجدنا ان ما ظهر له ، غير ظاهر فانه لا خلاف بين ابي يوسف والامامين الا في ان الخصومة المانعة من قبول الشهادة تثبت بمجرد الوكالة عنده ولا تثبت عندهما الا بقضاء القاضي بالوكالة او بالمخاصمة عنده بالفعل كما تقدم فاي مناقضة في الكلام بعد هذا فتدبر . ولقد بني في الدر مسائل شهادة الوصي لليتيم والوكيل للموكل على اصلين ذكرهما الزيلعي في باب القسامة الاول كل من صار خصماً في حادثة لا تقبل شهادته فيها . والثاني كل من كان بعرضية ان يصير خصماً ولم ينتصب خصماً بعد تقبل قال الزيلعي — وهذان الاصلان متفق عليهما غير انهما يجعلان اهل المحلة مما له عرضية ان يصير خصماً وهو يجعلهم ممن انتصب خصماً وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع . ومن جنس الثاني ان الوكيل اذا لم يخاصم والشفيع اذا لم يطلب وشهدا تقبل شهادتها . ولو ادعى الولي على رجل بعينه من اهل المحلة فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل شهادتها عليه ، لان الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهماً الا في رواية عن ابي يوسف ذكرناها من قبل اه . ونظر

في التكملة تبعاً لرد المحتار في كون هذين الاصلين متفقاً عليهما لان ابا يوسف لم يجوز شهادة الوكيل وان لم يخاصم مع انه بعرضية ان يخاصم اهـ. وفي هذا التنظير نظر لان ابا يوسف يجعل الوكيل من جنس الاصل الاول لان عنده بمجرد الوكالة يصير خصما وهما يجعلانه من جنس لاصل الثاني. وهذا لا يلزم منه ان يكون الاصلان غير متفق عليهما او على احدهمـــا وكلام نفس الزيلعي يدل على ما قلنا كما لا يخفى فافهم .

## ﴿ تتمـــة ﴾

قال في البزازية ولو شهد الوصيان لبعض الورثة عـلى الميت - ان كان المشهود له صغيراً لا يجوز اتفاقاً وان بالغـاً فكذلك عنده وعندهما يجوز ولو شهد الكبير على اجنبي يقبل في ظاهر الرواية . ولو شهدا للوارث الكبير والصغير في غير ميراث ، لا يقبل ولو شـهد الوصيان على اقرار الميت بشيء معين لوارث بالغ يقبل اهـ . وقوله وعندهما يجوز اي ان كان الكبير كبيراً وقت قبول الوصي الوصاية – امـا لو كان صغيراً وقت القبول كبيراً وقت الشهادة فانه لا تقبل شهادته له عندهما ايضاً كما صرح به في كتاب ادب الاوصياء . وقوله في غير ميراث لا تقبل ، تنصيص على المتوهم فانه لو شهدا لهما في ميراث لا تقبـل بالاولى كما صرح به في الهندية . وفيها لو ان الوصي لم يقبـل الوصاية بعد موت الموصي ولم يرد حتى شـهد عند القاضي فان القاضي يقول له اتقبـل الوصاية ام تردها فان قبل ، بطلت شهادته وان رد ، امضى شهادته وان سـكت ولم يجب بشيء توقف القاضي في شهادته .

المادة ١٧٠٤ — لا تقبل شهادة شخص على فعـله بناءً عليه لا تعتبر شهادة الوكلاء والدلالين على افعالهم بقولهم كنا

بعنا هذا المال .

قال في الدر وكذا الدلال اي لا تقبل شهادته اي فيما عقده والوكيل لو باثبات النكاح . اما لو شهد انها امرأته تقبل والحيلة ان يشهد بالنكاح ولا يذكر الوكالة بزازية وتسهيل اه . قال في التكملة عازياً للعلامة والده : مقتضاه ان من لا تقبل شهادته لعلة يجوز له ان يخفيها ويشهد كما اذا كان عبداً للمشهود له او ابنه او نحو ذلك . ثم أيد ذلك بما في البحر عن الملتقط ان لشارب الخمر ان يشهد اذا لم يطلع عليه وانه لا يحل له ان يهتك ستره بذكر فسقه وابطال حق المدعي اه قلت ويؤيده ايضا ما في الخانية شهدا على رجل انه قال لهما ان مست جسدكما فعبدي حر وانه قد مس جسدهما قال محمد لا تقبل اي لانهما شهدا على امر لا يتم بالحالف بل بهما وبه . ولو شهدا انه قال ان مست ثيابكما فعبدي حر وانه مس ثيابهما جازت شهادتهما لان الثياب غيرهما قالوا اذا اراد الشهود في هذه المسائل ان يشهدوا بالعتق او الطلاق فطريقهم ان يشهدوا بهما لا غير اي بلا بيان السبب . وكذلك رجل له شهادة على كتاب وصية ميت وله فيه وصية ينبغي ان يقول اشهد على جميع ما في هذا الكتاب الا على هذا ويضع يده على ما اوصى له .
وعن ابي القاسم رحمه الله : اذا ادعت امرأة على ورثة الزوج نكاحها وكان الشاهد تولى تزويجها قال يشهد على النكاح ولا يذكر العقد عن نفسه اه . ونقل ابن عابدين في حاشية البحر عن الخانية : الشاهد اذا كان فاسقاً في السر وهو في الظاهر عدل فاخبر الشاهد القاضي عن نفسه انه ليس بعدل صح اقراره على نفسه الا انه اذا كان صادقا في الشهادة لا يسعه ان يخبر انه ليس بعدل لان فيه ابطال حق المدعي اه . وعبارة البزازية : وشهادة الوكيلين او الدلالين اذا قالا نحن بعنا هذا الشيء او الوكيلان بالنكاح او الخلع اذا قالا نحن فعلنا هذا الخلع والنكاح ، لا يقبل اما لو شهد الوكيلان بالبيع او النكاح انها منكوحته او ملكه ، تقبل اه

كذلك لا تصح شهادة حاكم منفصل عن بلدة على الحكم الصادر منه قبل العزل اما اذا شهد بعد العزل على اقرار من اقر في حضوره قبل العزل فتعتبر شهادته

هكذا نقله في مرآة المجلة عن مبسوط السرخسي وعن التجنيس للاستروشني وفي الخانية : محضر ضاع من ديوان القاضي وفيه شهادة الشهود بحق ، والقاضي لا يذكر ذلك فشهد عنده كاتباه ان شهود هذا شهدوا بكذا ، لا ينبغي للقاضي ان يقضي بشهادتهما . ولو ضاع سجل من ديوان القاضي فشهد كاتباه عنده ان هذا اقر عندك لهذا بكذا فان القاضي يقبل ذلك . وكذا لو ضاع اقرار رجل فشهد عند القاضي كاتباه ان هذا اقر عندك لهذا بكذا وقد سمعناه فان القاضي يقبل ذلك لان في مسئلة المحضر شهدا الكاتبان على شهادة الشهود وهي باطلة لا تقبل بلا تحميل ولم يوجد وفي مسئلة السجل والاقرار شهدوا على حق محكوم به او على اقرار الخصم لجازت شهادتهم اه . وفيها اذا شهد القاسمان فيما اقتسما جازت شهادتهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وصورة ذلك اذا اقتسما الدار بين الوارثين ثم شهدا ان هذا النصف لهذا الوارث وهذا النصف لهذا الوارث الاخر كذا وقع ذلك في قسمتهما وانما تقبل الشهادة في قولهما لان الملك لا يثبت بقسمتهما ما لم يتراضيا على ذلك او يستعملا القرعة اه . قال في البزازية والخلاف بينهما وبين محمد في القسمة بغير اجر اما لو باجر لا يقبل اجماعاً اه . ومثله في البزازية قال في الجوهرة : واما اذا قسما بالاجرة فان لهما منفعة ، اذا صحت القسمة فاثر ذلك في شهادتهما بالاجماع لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه . وفي المصفى شهادتهما مقبولة سواء قسما باجر او بغير اجر وهو الصحيح فان شهد قاسم واحد لا تقبل ، لان شهادة الفرد غير مقبولة اه.

فافاد ان الصحيح قبول شهادة القاسمين على قولها وان استوجوا على القسمة وعليه مشى في الدر متنا وشرحا من القسمة . احد الشاهدين قال هذا الشي ملك المدعي كان لي بعته منه وقبضت الثمن لا تقبل شهادته قنية وخانية . لو شهد البايع بالملك لمشتريه والعين في يد غيره بان قال هذا العين ملكه لاني بعته منه او قال كان ملكاً لي فبعته منه او كان المدعي ادعى الشراء منه لا تقبل شهادته لانها شهادة على قول نفسه فصولين وعمادية كذا في فتاوي الانقروي . لو شهدا انه امرنا ان نبلغ فلاناً انه وكله ببيع عبده واعلمناه ، او امرنا ان نبلغ زوجته انه جعل امرها بيدها فبلغناها وطلقت نفسها ، تقبل . اما لو قالا نشهد انه قال لنا خيرا امرأتي فخيرناها فاختارت نفسها ، لا يقبل وكذا لو قالا امرنا ان نجعل امرها بيدها فجعلناه وطلقت نفسها لا يقبل . وفي المنتقى شهدا انه قبض منه الفاً وهو ينكر وقالا نحن وزنا لك — ان قالا كان رب المال حاضراً ، تقبل والا لا وذكر بعده : وزن الغريم له المال ووضعه بين يديه وقال خذ مالك فقال المقضي له للاخر ناولنيه فناوله ثم شهد على المقضي له انه الذي دفع اليه المال ، يقبل . وذكر هلال في الشروط انه لا تقبل شهادة الذي كال في المكيال وتقبل شهادة الذي زرع في المزروع ولو قالوا في الحنطة جاء بها بدوابنا وكنا مستاجرين لحملها ، يقبل لانه ليس فيه تحويل الضمان عن انفسهم . قال لعبده ان دخلت دار هذين الرجلين او مست ثوبها فانت حر ففعل العبد ذلك فشهد الرجلان او ابناها على تحقق الفعل تقبل ولو قال ان كلمتما عبدي هذا او مسستما ثوبه فشهدا على تحقق الفعل ، لا يقبل . ولو قال لعبده ان كلمت فلانا وفلانا فانت حر فشهدا انهما كلماه لا تقبل . حلف بعتق عبده على ان لا يستقرض فشهدا انه اقرضاه لا يقبل ولو شهدا انه طلب منهما الاقراض الا انهما لم يقرضاه يقبل الكل من البزازية . رجل ادعى داراً في يد رجل فشهد له شاهدان بها وان المدعي استأجرنا على بنائها وغير ذلك مما لا يجب عليهما الضمان في ذلك ، جازت شهادتهما وان قالا استاجرنا على

هدمها فهدمناها ، لا تقبل شهادتها بالملك للمدعي ويضمنان قيمة البناء للمدعى عليه خانية . وفيها ذكر في اطلاق الاصل : لو شهدا على رجل انه امرهما ان يزوجاه فلانة وانهما قد فعلا ذلك جازت شهادتهما اه . وفي المحيط شهدا ان فلانا امرهما بترويج فلانة منه او ان يخلعاها منه او ان يشتريا له عبداً ففعلاه فالمسئلة على ثلاثة اوجه – اما ان ينكر الموكل الامر والعقد او يقر بالامر لا العقد او يقر بهما – وكل على وجهين اما ان يدعي الخصم العقد مع الوكيل او ينكر فان كان الموكل ينكر ، لا تقبل في الفصول كلها وان كان الآمر يقر بهما والخصم يقر بالعقد ، قضي بالاقرار لا بشهادتهما . الخلع والنكاح والبيع فيه سواء. وان كان الخصم ينكر العقد ، لا يقضى بالنكاح والبيع ويقضى في الخلع بالطلاق بلا مال باقرار الزوج لا بشهادتهما وان اقر الآمر بالامر ولكن جحد العقد فان كان الخصم مقراً يقضي بالعقود كلها الا في النكاح عند الامام اه . كذا في فتاوي الانقروي . رجل قال ان دخل داري احد فامرأته طالق فشهد ثلاثة انهم دخلوا داره قال ابو يوسف رحمه الله ان قالوا دخلنا جميعاً لا تقبل شهادتهم ، وان قالوا دخلنا ودخل هذا معنا جازت شهادتهم . وسئل ابن ابي يوسف رحمه الله تعالى عن هذه المسئلة فقال اذا شهد اربعة او ثلاثة انا قد دخلنا جميعا تقبل شهادتهم وان كانا اثنين لا تقبل فقال له الحسن بن زياد اصبت وخالفت اباك خانية

## المادة ١٧٠٥ – يشترط ان يكون الشاهد عدلا

انما تشترط عدالة الشهود لوجوب الحكم على القاضي لا لصحته حتى لو قضى بشهادة الفاسق نفذ وكان القاضي عاصيا فيأثم الا ان يمنع الامام القاضي من القضاء بشهادة الفاسق فلا ينفذ حينئذ كذا في التنوير وشرحه .

وقيد في الدرر نفاذ القضاء بشهادة الفاسق بما اذا غلب على ظنه صدقه قال وهو مما يحفظ قال في رد المحتار وظاهر قوله وهو مما يحفظ اعتماده اه ونقل عن جامع الفتاوي • واما شهادة الفاسق فان تحرى القاضي الصدق في شهادته تقبل والا فلا اه

اقول قد علمت انهم اطلقوا القول بان القاضي اذا قضى بشهادة الفاسق يكون عاصيا آثما ومعلوم ان كونه قد تحرى الصدق في شهادة الفاسق او غلبَ على ظنه صدقه امر لا يعلم الا باخبار القاضي وكيف يمكن الى اخبار من اثم وعصا بقبول شهادة الفاسق ويفوض امر نفاذ قضائه وعدمه اليه فسد ذلك الباب عن ذلك الآثم العاصي ، اولى واحكم والله اعلم .

والعادل من تكون حسناته غالبة على سيآته بناء عليه لا تقبل شهادة من اعتاد حالا وحركة تخل بالناموس والمرؤة كالرقاص والمسخرة ولا تقبل شهادة المعروفين بالكذب

تعريف العدل بمن تكون حسناته غالبة على سيآته هو المذكور في الدرر وشروح الملتقى واكثر الكتب اوايل كتاب الشهادة . واتفقت المتون في باب القبول وعدمه ان من ارتكب صغيرة بلا اصرار واجتنب الكبائر كلها تقبل شهادته فافاد مفهومها ان من ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة لا تقبل شهادته قال الزيلعي الاصل ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق للجادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل اذ قد يعارض العقل هوى يضله ويصده من الاستقامة وليس للاستقامة حد يدرك مداه ويكتفي لقبول الشهادة بادناه كيلا يودي الى الى تضييع الحقوق . وادناه رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة . واختلفوا في ذلك فقيل من ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة سقطت

عدالته وصار متهماً بالكذب لظهور رجحان جهة الهوى على العقل واحسن ما قيل فيه ، ان العدل في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصراً على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطائه الخ .

قال في الفتح بعد هذا وفيه قصور حيث لم يتعرض لامر المروءة بل اقتصر على ما يتعلق بامر المعاصي اه اي وقد اتفقوا على عدم قبول شهادة من يبول او ياكل على الطريق او يمشي في السوق ومجامع الناس بسراويل واحدة ويمد رجليه عند الناس او يكشف رأسه في موضع لاعادة فيه . وعللوا عدم القبول بان تلك الافعال وان لم تكن من المعاصي الا انها مخلة بالمروءة . ونقل في الفتح عن الفتاوي الصغرى ان المعتبر في الصغائر الغلبة فمن غلبت حسناته على سيآته اي بعد ان يكون مجتنباً للكبائر ، عدل ومن لا فلا قال وهو حسن وعليه المعول . ثم ان ارتكاب الكبيرة او الاصرار على الصغيرة انما تزول به العدالة اذا كان ظاهراً بعرفه القاضي والمزكون فمن ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة سراً ولم يظهرها للناس لا تسقط عدالته في باب الشهادة لان الامور الخفية لا يتعلق بها حكم قاض الا ترى ان شرب قطرة من الخمر كبيرة وقد شرطوا اسقوط عدالة شارب الخمر الادمان ، وان نياحة المرأة في مصيبتها في بيتها حرام وقد شرطوا لسقوط عدالتها ان تكون نائحة في مصيبة غيرها في غير بيتها . وما ذلك الا لكون الادمان والنياحة في غير بيتها سببا لظهور ذلك . وما قيل ان المراد بالادمان المشروط في شرب الخمر الادمان في النية يعني بان يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجده فقد زيفه في الفتح بان هذا هو معنى الاصرار وقد علمت ان سقوط العدالة لا يتوقف في الكبائر على الاصرار بل على ان يأتيها ويعلم . وانما ذلك في الصغائر وبأن النية امر مبطن لا يظهر للناس . والمدار الذي يتعلق به حكم القاضي بوجوده لا بد ان يكون ظاهراً . فظهر بهذا ان كلا من ارتكاب الكبيرة والاصرار على الصغيرة وفعل ما

هو مسقط للمروءة ، لا يكون مسقطاً لعدالة الشاهد ما لم يكن ظاهراً بين الناس . هذا ما يعطيه كلام الفتح والزيلعي وغيرها . تأمل فيمن ذكروا انه لا تقبل شهادته تجده لا يخرج عن كونه مرتكباً امراً من هذه الامور الثلاثة ومتظاهراً فيه . قالو لا تقبل شهادة المخاث وهو بالفتح من يفعل الردي. من افعال النساء من التزين بزينتهن والتشبه بهن في الفعل والقول فالفعل مثل كونه محلاً للواطة والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبها بالنساء تكملة عن المغرب . قال وجعل بعضهم الواو في قوله والقول بمعنى او فاحدهما كاف لان التشبه بقولهن حرام للرجال لحديث لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء . اما اذا كان في كلامه لين وفي اعضائه تكسر خلقةً ولم يشتهر بشي. من الافعال الرديئة فهو عدل مقبول الشهادة كما في الهندية عن التبيين اه ملخصاً .

اقول يمكن ان يقال عطف الثاني على الاول بالواو دون او لان كونه محلاً للواطة امر خفي لا يظهر للقاضي — بخلاف تليين الكلام وتكسر الاعضاء . وعبارة الزيلعي : والمخنث لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر ومراده اذا كان يتعمد ذلك تشبهاً بالنساء وفي عرف الناس هو الذي يباشر الردي. من الافعال ويلين كلامه عمداً كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته الخ اه وقالوا لا تقبل شهادة مغنية ولو لنفسها كما في الدرر وقال في الدر وينبغي تقييده بمداومتها ليظهر عند القاضي كما في مدمن الشرب على اللهو اه . ولا نائحة في مصيبة غيرها كما في التنوير والهداية اما في مصيبة نفسها تقبل وان كان معصية لان الكلام في قبول القاضي شهادتها ، لذلك . وذلك يحتاج فيه الى الشهرة ليصل الى القاضي فالتقييد بكون نياحتها في مصيبة غيرها لهذا المعنى . وفي الدر وحواشيه ولا تقبل شهادة مجازف في كلامه وهو المكثر منه الذي لا يتحرى الصدق فان من كثر كلامه كثر سقطه روي ان الفضل بن الربيع وزير الخليفة شهد عند ابي يوسف فرد شهادته فعاتبه الخليفة وقال لم رددت شهادته فقال لانني سمعته يوماً يقول للخليفة انا عبدك فان كان

صادقاً فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك لانه اذا لم يبال في مجلسك بالكذب فلا يبالي في مجلسي فعذره الخليفة اه زاد في فتح القدير والذي عندي ان رد ابي يوسف شهادته ليس للكذبة لان قول الحر لغيره انا عبدك انما هو مجاز باعتبار معنى القيام بخدمته . والتكلم بالمجاز ليس كذبا محظوراً شرعاً ولذا وقع المجاز في القران ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه لاجل الدنيا فربما يضر هذا الكلام اذا قيل للخليفة فعدل الى الاعتذار بامر يقرب من خاطره اه .

وفي الهندية الشاعر ان كان يهجو لم تقبل شهادته وان كان يمدح وكان اغلب مدحه الصدق قبلت . الرجل الصالح اذ تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته لانه حكى فحش غيره والذي تعلم شعر العرب ان كان تعلم لاجل العربية لا تبطل عدالته وان كان فيه فحش . رجل كان يشتم اهله ومماليكه واولاده ان صدر منه احيانا لا يؤثر في اسقاط العدالة لان الانسان قلما يخلو منه وان كان عادة له سقطت عدالته وكذا الشتام للحيوان كدابته اه .

وفي التكملة عن العيني لا تقبل شهادة من يظهر سب السلف بالاجماع لانه اذا اظهر ذلك فقد اظهر فسقه - بخلاف من يكتمه لانه فاسق مستور ومثله في الجوهرة اه وذكر في الدران العدالة تسقط بسب المسلم وان لم يكن من السلف كما في السراج والنهاية فالتقييد بالسلف اتباعا لكلامهم والسلف في اصطلاح اهل الحديث الصدر الاول من التابعين ومنهم ابو حنيفة والخلف بالفتح من بعدهم وفي اصلاح الفقهاء السلف هو الصدر الاول الى محمد بن الحسن . والخلف من محمد بن الحسن الى شمس الائمة الحلواني . والمتأخرون منه الى الامام حافظ الدين البخاري . وفي البحر عن العناية عن ابي يوسف لا اقبل شهادة من سب الصحابة واقبلها ممن تبرأ منهم لانه يعتقد ديناً وان كان على باطل فلم يظهر فسقه بخلاف الساب . وفي الدر وحواشيه ايضا تقبل من اهل الاهواء اي اصحاب بدع لا تكفر كجبر وقدر ورفض وخروج وتشبيه وتعطيل الا الخطابية

وهم صنف من الروافض يرون الشهادة لشيعتهم ولكل من حلف انه محق فردهم لا لبدعتهم بل لتهمة الكذب . قبول شهادة اهل الاهواء التي لا تكفر عام على المسلمين وغيرهم .

وفي الهندية لا تقبل شهادة آكل الربا المشهور بذلك المقيم عليه ولا شهادة من اشتهر باكل الحرام . وترد شهادة آكل مال اليتيم باكله مرة اهـ وهذ لانه بمرة يظهر للقاضي لانه يحاسبه عليه فيعلم انه استنقص المال بخلاف آكل الربا وغيره من المال الحرام فانه لا بد فيه من الشهرة ليظهر للقاضي على ما قررناه من انه لا بد من الظهور للقاضي . هذا ما صرح به في الفتح . وفي الهندية كل فرض له وقت معين كالصلاة والصوم اذا اخره الشاهد من غير عذر تسقط عدالته وما ليس له وقت معين كالزكاة والحج قيل ان تاخيره لا يسقط العدالة وبه اخذ محمد بن مقاتل وقيل يسقطها وبه اخذ الفقيه ابي الليث قال القاضي الامام فخر الدين الفتوي على ان بتأخير الزكاة من غير عذر تسقط العدالة وبتأخير الحج لا تسقط خصوصا في زماننا . وان ترك الجمعة ثلاث مرات يصير فاسقا كذا ذكر في بعض المواضع وبه اخذ شمس الايمة السرخسي وذكر في بعض المواضع انه يبطل العدالة ولم يقدر ولم يذكر العدد وقال شمس الايمة الحلواني وعليه الفتوى وهذا اذا تركها مجانة ورغبة عنها من غير عذر وان بعذر كالمرض او بعده من المصر او بتاويل بان كان يفسق الامام وما اشبهه لا ترد شهادته . اذا ترك الرجل الصلاة بالجماعة استخفافا بان لا يستعظم تفويت الجماعة كما تفعله العوام او مجانةً او فسقا لا تجوز شهادته وان تركها متأولا بان كان الامام فاسقا فكره الاقتداء به ولا يمكنه ان يصرفه فصلى في بيته وحده او كان ممن كان يضلل الامام ولا يرى الاقتداء به جائزاً فهذا مما لا يسقط العدالة . لا تقبل شهادة المقامر قامر بالشطرنج او باي شي غيره وان لعب بالشطرنج يقامر ولم يقامر ان داوم على ذلك حتى شغله عن الصلاة او كان يحلف باليمين الباطلة في ذلك ، لا تقبل شهادته لان كل ذلك حرام وكذا لا تقبل شهادة من يلعب به على الطريق وهذا لانه من الافعال المستحقرة

كما في الفتح ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال . لا تقبل شهادة الرقاص والمشعوذ ولا شهادة من يلعب بالحمام ويطيرهن فاما اذا كان يمسك الحمام يستأنس بها ولا يطيرها عادة فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا كانت تجر حمامات اخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فيأكل ويبيع منه . ولا تقبل شهادة من يغني للناس ويسمعهم اما لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره ، فلا باس به ولا تسقط عدالته في الصحيح اه . ما في الهندية . وذكر في الفتح ان المراد بالمغنى الذي لا تقبل شهادته من كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال الا ترى انه اذا قيل ما حرفة فلان او ما صناعته يقال مغن كما يقال خياط وحداد الخ كلامه . ثم حقق ان التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج اليها والديرات والحانات والهجاء لمسلم او ذمي.اذا اراد المتكلم يعني المغني هجاءه لا اذا اراد انشاده الاستشهاد به او لتعلم فصاحة وبلاغة واستدل على كون وصف المرأة الغير المعينة غير مانع بانشاد ابي هريرة رضي الله عنه وهو محرم

قامت تريك رهبة ان تهضما ساقاً بخنداة وكعباً ادرما[1]

وبانشاد بن عباس رضي الله عنهما ان يصدق الطير ننك لميسا

لان المرأة فيها ليست معينة فلو لا ان انشادها فيه وصف امرأة كذلك جائز لم تقله الصحابة ومما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير

وما سعاد غداة البين اذ رحلوا الا اغن غضيض الطرف مكحول

ولكثير في شعر حسان رضي الله عنه من هذا . فاما الزهريات

---

(1) الساق البخندة كطنداة تامة القصب وكعب ادرم اي واراه اللحم كما في القاموس اه منه

المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والازهار والمياه المطربة فلا وجه لمنعه على هذا . نعم اذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وان كان مواعظ وحكما الالات نفسها ، لا كذلك التغني ثم قال واما القرائة بالالحان فاباحها قوم وخطرها قوم. والمختار ان كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر ذواتها فيباح والا فغير مباح كذا وقد قدمنا في باب الاذان ما يفيد ان التلحين لا يكون الا مع تغير مقتضيات الحروف فلا معني لهذا التفصيل اه يعني فتحسين الصوت بالقرائة بدون تغيير لا يسمى تلحينا .

وفي البحر عن المعراج الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة من غير الغناء كالمزمار سواء كان من عود او قصب كالشبابة او غيره كالعود والطنبور والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره في غيره اه مختصراً . وفي الهندية المعروف بالكذب لا عدالة له فلا تقبل شهادته ابداً وان تاب بخلاف من وقع في الكذب سهواً او ابتلى به مرة ثم تاب والمعروف بالعدالة اذا شهد بزور وتاب تقبل شهادته وعليه الاعتماد والفاسق اذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر عليه اثر التوبة والصحيح ان ذلك مفوض الى راي القاضي وغير العدل اذا شهد بزور ثم تاب جازت شهادته اه .

وفيها رجلان شهدا على رجل انه طلق زوجته ثلاثا وهو صاحب فراش وقالا انه اشهدنا عليه قبل ذلك الا انه قال اكتما فكتمنا ، لا تقبل شهادتهما لانهما اقرا على انفسهما بالفسق والفاسق لا قول له . اذا شهد اثنان على طلاق امراة او عتق امة وقالا كان ذلك اول عام ، جازت شهادتهما قال مولانا رضي الله عنه ينبغي ان يكون ذلك وهنا اذا علموا انه يمسكها امساك الزوجات والاماء لان الدعوى ليست شرطا لهذه الشهادة فاذا اخروها صاروا فسقة قال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده : ان في حقوق العباد اذا طلب المدعي من الشاهد ليشهد له فاخر من غير عذر ظاهر ثم ادي بعد ذلك لا تقبل شهادة هذا الشاهد لان بالتأخير من غير عذر صار فاسقا اه .

وفي صرة الفتاوي سئل محمد بن شجاع عن شهادة السائل هل تقبل ام لا اجاب ان عجز عن الكسب ولم يكن عنده قوت يومه تقبل شهادته ان كان عدلا وان قدر على الكسب او لم يقدر ولكن عنده قوت يومه ، لم تقبل وفيها ولا تقبل شهادة الجاهل على العالم لان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للجاهل على العالم وكذا لا تقبل شهادة العالم على العالم المدعي الاستواء معه في العلم والنسب او بينهم تحاسد لانه لكثرة الحسد بينهم لا يحتاطون في الكذب فيما بينهم . من شهادة الحاوي القدسي قال صاحب المنح في فتاواه المراد من العالم الذي لا تقبل شهادة الجاهل عليه من يستخرج المعنى من التركيب كما يحق وينبغي كما صرحوا وقال: الفقيه هو الذي يدقق النظر في المسائل الشرعية وان كان ثلاث مسائل مع ادلتها يدخل في الوصيه مع الفقهاء اه . وفيها سئل ابو السعود العادي عن شهادة الاصم واجاب بان شهادته مقبولة اذا كان المشهود به يراه ولو كان كلاماً لا تقبل وفي جواب الاطروش روايتان والاصح جوازه واما شهادة الاخرس فلا تقبل مطلقاً لان لفظ الشهادة شرط لقبولها وهو لا يقدر على التلفظ بها اه .

# الفصل الرابع

## في بيان موافقة الشهادة للدعوى

قال في الدر مبني هذا الباب اي باب الاختلاف في الشهادة على اصول مقررة ، منها ان الشهادة على حقوق العباد ، لا تقبل بلا دعوى بخلاف حقوقه تعالى . ومنها ان الشهادة باكثر من المدعي ، باطلة بخلاف الاقل

للاتفاق فيه . ومنها ان الملك المطلق ازيد من المقيد لثبوته من الاصل والملك بالسبب مقتصرٌ على وقت السبب . ومنها موافقة الشهادتين لفظاً ومعنى وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط وسيتضح اه .

## المادة ١٧٠٦ - تقبل الشهادة ان وافقت الدعوى والا لا .

لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة كما نقلناه عن الدر . وتقدم في المادة ١٦٩٦ فاذا انعدمت الموافقة انعدمت الدعوى لظهور ان ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم اية دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود ومعلوم انه عند المخالفة صارت الدعوى بشيء اخر كما يعلم من الفتح والحواشي السعدية .

وقد استفيد من هذا ان التوافق بين الدعوى والشهادة انما يشترط في شهادة يشترط لقبولها الدعوى وهي ما اذا كانت في حقوق العباد والا فلا تشترط الموافقة كما في رد المحتار معزيا للبحر وتنوير البصائر قال وهو ظاهر لان تقدم الدعوى اذا لم يكن شرطاً كان وجودها كعدمها فلا يضر عدم التوافق اه .

ومن هذا ما نقله في التكملة عن جامع الفتاوي ادعت على زوجها انه وكل وكيلاً بطلاقها فطلقها وشهد الشهود انه طلقها الزوج بنفسه يقع الطلاق اه اي عملاً بالشهادة وحدها - وكذلك لو ادعت عليه الطلاق وشهدا بالخلع تقبل لما قلنا كما في البحر . وفي العناية : والموافقة بين الدعوى والشهادة ، هي ان يتحدا نوعاً وكماً وكيفاً وزمانا ومكانا وفعلاً وانفعالا ووصفا وملكاً ونسبة فان ادعى على اخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم ، او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين ، او ادعى سرقة ثوب احمر وشهد بابيض ، او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد له بذلك يوم الفطر بالبصرة ، او ادعى شق زقه واتلاف

ما فيه به اي بالشق وشهد بانشقاقه عنده ، او ادعى عقاراً بالجانب الشرقي عن ملك فلان وشهد بالغربي منه ، او ادعى انه ملكه وشهد انه ملك ولده ، او ادعى انه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها ، لم تكن الشهادة موافقة للدعوى اه .

وفي البحر عن البزازية لو وقعت المخالفة بين الدعوى والشهادة ثم اعادوا الدعوى والشهادة واتفقتا تقبل اه . واطلاقه القبول رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وفي ظاهر الرواية مقيد بما اذا لم يبرح عن المجلس وجعل في المحيط اطالة المجلس كالقيام عنه وهو رواية هشام عن محمد .

وقيد في الكافي تبعاً للهداية اشتراط عدم البراح عن المجلس، بان يكون ما وقعت فيه المخالفة موضع شبهة ، كالزيادة والنقصان في قدر المال ونحوه . اما اذا لم يكن كذلك مثل ان يدع لفظ الشهادة وما يجري مجراه فلا بأس باعادة الكلام وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلاً وعلى هذا لو وقع الغلط في الحدود او بعض النسب ثم تذكر ذلك ، تقبل لانه قد يبتلى به في مجلس القاضي اه ملخصاً من الفتح والحواشي السعدية وتنقيح الحامدية .

ومن صور المخالفة بين الدعوى والشهادة ، ما في الهندية ادعى الايفاء فشهدا بالهبة او الصدقة او النحلة او الاحلال ، او ادعى الهبة فشهدا بالاستيفاء ، لا تقبل . وفيها اذا كانت الدعوى بلفظ الدار وشهدوا بلفظ البيت لا تقبل وقيل ينبغي ان تقبل في عرفنا وهو الاظهر والاشبه . وفي البزازية ادعى ان له نصف هذه الدار مشاعاً والدارا في يد رجلين اقتسماها وغاب احدهما فخاصم الحاضر وفي يده نصفها المقسوم فشهدا ان له هذا النصف الذي في يد الحاضر ، لا يقبل لانه ازيد مما ادعى لانه ادعى النصف مشاعا . ادعى داراً واستثنى منها بيتا ومدخلها وحقوقها ومرافقها فشهدوا ولم يستثنوا شيئا مما ذكره المدعي ، لا يقبل الا اذا وفق وقال الكل لي الا اني بعت البيت والمدخل فحينئذ تقبل وفي الهندية واذا شهدوا بدار لرجل فقال المشهود له هذا البيت منها لفلان غير المدعى

عليه ليس هو لي فقد اكذب شهوده . ان قال هذا قبل القضاء لا يقضى له ولا لفلان بشيء وان بعد القضاء قال ابو يوسف اجزت اقراره لفلان وجعلت له البيت وارد ما بقي من الدار الى المقضي عليه ويضمن قيمة البيت للمشهود عليه . ادعى داراً في يد رجل انها له اشتراها من فلان غير ذي اليد وشهدا ان فلانا وهبها له وقبضها منه وهو يملكها لا تقبل حتى يوفق ويقول شريتها منه فجحدني ثم وهبني بعد ذلك واقام البينة على ذلك تقبل شهادتهم ولا تقبل قبل التوفيق لوجود المخالفة صورة ومعنى اما الصورة فظاهر . واما المعنى فلأن الملك الحاصل بالهبة ، غير الملك المستفاد بالشراء لان الملك بالهبة بغير عوض ولا يكون فيها خيار رؤية وعيب ولا تكون لازمة وفي الشراء يثبت جميع ذلك . ادعى شراء دار من رجل فشهدا له بالشراء من وكيله ، او ان فلانا باع وهذا المدعى عليه اجاز بيعه لا تقبل وفي البحر عن القنية ادعى المديون على الايصال الى الدائن متفرقا وشهدوا بالاتصال مطلقا او جملة لا تقبل اه . وقدمنا في شرح المادة ١٦٩٥ حكم ما اذا ادعى ملكا او دينا للحال وشهدا له به في الماضي او العكس فليراجع

ولكن لا اعتبار باللفظ وتكفي الموافقة معنى مثلاً اذا كان المدعى به وديعة وشهد الشهود على اقرار المدعى عليه بالايداع او كان غصباً وشهد الشهود على اقرار المدعى عليه بالغصب تقبل شهادتهم كذلك اذا ادعى المديون انه ادى الدين وشهد الشهود ان الدائن ابرأ المديون تقبل شهادتهم

لان الشهادة وان خالفت الدعوى لفظا الا انهما اتفقتا معنى من حيث المقصود بها واحد وهو تحقق الايداع والغصب وبراءة ذمة المطلوب . ولو كان هذا الاختلاف بين الشاهدين بطلت شهادتهما حيث تشترط الموافقة

فيها لفظا ومعنى على الوجه الذي ياتي تحقيقـه في الفصل الآتي . ثم ان الشهادة في مسئلتي الايداع والغصب ، مطابقة للدعوى بالتام واما في مسئلة دعوى ايفاء الدين فهي شهادة باقل من المدعي . بيان ذلك ان القاضي يقضي فيها من غير سؤال ويكون الثابت بقضائه براءة الغريم بالاسقاط لا براءة بالاستيفاء حتى لو كان الغريم كفيلا كفل بامر المكفول عنـه كان لصاحب المال ان يرجع بدينه على الاصيل ولا يكون للكفيل ان يرجع على المكفول عنه بشيء كما في الخانية .

اما اذا ادعى الغريم ان صاحب المال ابرأه او حلله وشهدا على اقرار صاحب المال بالاستيفاء فان القاضي يسئل الغريم عن البراءة او التحليل اكانت بالاسقاط او بالاستيفاء فان قال كانت بالاستيفاء قبلت وان قال كانت بالاسقاط لا تقبل وان سكت لا يجبره على البيان لكن لا يقبل شهادته ما لم يوفق كما في الهندية والبزازية والبحر .

ومن الشهادة بالاقل ما في الخلاصة لو ادعى نكاح امرأة بسبب انه تزوجهـا بمهر كذا فشهدوا انها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل كان قدر ما سماه او اقل . فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا في غير نسخة منها اي الخلاصة والظاهر ان هذا انما يستقيم اذا كانت هي المدعية اه . كذا في الفتح .

اقول وجه عدم الاستقامة اذا كان هو المدعي ان الذي سماه لو كان الفا ومهر المثل ثمانماية ، يكون مكذبا لهما لانه بدعواه اوجب على نفسه الفا وهما شهدا ان الواجب عليه ثمانماية فحق العبارة ان يقال يقضى بمهر المثل ان كان قدر ما سماه او اكثر فان كان اقل يقضى بالمسمى نعم لو كانت هي المدعية كانت العبارة مستقيمة لكن ما نقله عن الخلاصة هو بعينه في البزازية فليتأمل .

المادة ١٧٠٧ — موافقة الشهادة للدعوى اما بصورة مطابقتها

لها بالتمام او يكون المشهود به اقل من المدعى به مثلاً اذا ادعى المدعي ان هذا المال ملكي منذ سنتين فكما تصح شهادتهم اذا شهدوا بكونه ملكه منذ سنتين كذلك تصح شهادتهم اذا شهدوا بكونه ملكه منذ سنة كذلك اذا ادعى المدعي بالف وشهد الشهود بخمسماية تقبل شهادتهم في حق الخمسماية فقط .

اشار بذكر المثالين الى انه لا فرق في الموافقة بنوعيها بين ان يكون المشهود به دينا او عينا . ثم ان قبول الشهادة بالاقل لا يحتاج الى التوفيق كما صرح به في البحر وغيره لكن يشكل عليه ما نقله في البحر من البزازية ادعى النتاج وشهدا على الشراء لا تقبل اه مع انه صرح في البحر كغيره ان الملك بسبب وكذا الملك المطلق اقل من الملك بالنتاج ويمكن دفعه بان هذا اي قبول الشهادة بالاقل بلا حاجة الى التوفيق مقيد بما اذا كان ذلك الاقل يصلح بيانا لما ادعاه المدعي والا فلا بد من التوفيق. هذا ما استظهره العلامة ابن عابدين في حاشية البحر من كلام الخانية وهو اذا ادعى داراً في يد رجل انها له وشهدا انه اشتراها من ذي اليد جازت شهادتهما لانهما شهدا بالاقل وما شهدوا به يصلح بيانا لما ادعاه المدعي فانه لو قال ملكي لاني اشتريتها من ذي اليد يصح ويكون كلامه بيانا للاول — بخلاف ما اذا ادعى اولا النتاج وشهدا بالشراء من ذي اليد لا تقبل الا ان يوفق لان دعوى النتاج على ذي اليد لا يحتمل دعوى ملك حادث من جهته لانه لو قال هذه الدابة ملكي بالنتاج من جهة ذي اليد لا يصح كلامه فلا يمكن ان يجعل كلامه بيانا للاول ولا تقبل الشهادة الا بالتوفيق اه .

واعلم ان ما ذكر في هذه المادة كالتفصيل والبيان لما اجمل في المادة التي قبلها وقد تحصل لنا من مجموعها ان كل صورة قالوا فيها بعدم

قبول الشهادة انما هو لكونه اكثر من المدعي وفي كل موضع قالوا بالقبول مع صورة المخالفة فانما هو لكون المشهود به اقل وبهذا صرح في البحر ولا تنس ما قدمناه عن الدر اول هذا الفصل من ان الاصول التي بنى عليها مسايل هذا الباب ان الشهادة باكثر من المدعي باطلة - بخلاف الاقل للاتفاق فيه . ومنها ان الملك المطلق اكثر من المقيد فالمسائل المبنية على هذا الاصل الاخير سيأتي ذكرها في المادة ١٧٠٩

واما المسايل المبنية على الاصل الاول فنها المسائل التي سردناها في شرح المادة السابقة . ومنها ما في البحر ادعى المديون الابراء وشهد الشهود ان المدعي صالح المدعى عليه بمال معلوم تقبل ان كان الصلح بجنس الحق لحصول الابراء عن البعض بالاسقاط . ادعى عليه خمسة دنانير بوزن سمرقند وشهدوا بها بوزن مكة تقبل ان تساوي الوزنان او كان وزن مكة اقل لا اكثر ادعت انها اشترت هذه الجارية من زوجها بمهرها وشهدا ان زوجها اعطاها اياها مهرها من غير ان يجري العقد بينهما تقبل . ومنها ما في الهندية ادعى على اخر انه آجر منه داره وقبض منه مال الاجارة ومات وانفسخت الاجارة بموته فطلب مال الاجارة فشهد الشهود ان الآجر اقر بقبض مال الاجارة ، تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة . ادعى على آخر الف درهم من ثمن مبيع وشهد له الشهود بالالف من ضمان جارية غصبها وقد هلكت لا تقبل شهادتهم وبمثله في الاقرار تقبل اﻫ . يعني لو شهدوا على اقراره بالالف من ضمان جارية تقبل . وفيها ادعى قرضاً على رجل وشهدوا ان المدعي دفع اليه عشرة دراهم ولم يقولوا قبض المدعى عليه يثبت قبض المدعى عليه ويكون القول قول القابض اني قبضت بجهة الامانة فان ادعى الدافع انها قبض بجهة القرض يحتاج الى اقامة البينة على القرض اﻫ .

وفي البزازية شهدا انه اقر انه كفل بالف عن زيد فقال الطالب نعم

انه اقر كذلك - لكن الكفالة عن خالد بها له ان ياخذ المال وتقبل الشهادة لاتفاقهما على المقصود فلا يضره اختلاف السبب ولو قال الطالب لم يقر كذلك بل اقر بكفالة خالد لا تقبل لانه اكذب شهوده اه . وفيها ادعى عليه استهلاك فرس فشهدا كذلك وسئل القاضي المدعي عن طريق الاستهلاك فقال اركب عليها اثنين حتى هلكت ، لا موافقة بين الدعوى والشهادة . ادعى عليه عشرة امناء دقيق مع النخالة فشهدا بالدقيق بلا نخالة لا تقبل وكذا لو ادعى دقيقاً منخولا فشهدا بمطلق الدقيق او بغير المنخول . ولو ادعى عليه نقرة جيدة فشهد بمطلق النقرة ولم يذكر الصفة اصلاً يقبل ويقضى بالردي. لانه ادنى لان الجودة والردائة صفة في النقرة بخلاف النخالة . ادعى عليه ماية قفيز حنطة بسبب سلم صحيح مستجمع شرايط الصحة وشهدا انه اقر بماية قفيز حنطة ، لا تقبل للتفاوت بين الواجب بالسلم والواجب بدين اخر اه .

وفي البحر عن جامع الفصولين ادعى انه قبض من مالي كذا قبضا موجبا للرد وشهد انه قبضه ولم يشهدوا انه قبضه قبضا موجبا للرد تقبل في اصل القبض فيجب رده . ولو شهدوا انه اقر بقبضه ينبغي ان تقبل قياسا على الغصب . ادعى انه اهلك اقمشتي كذا وعليه قيمتها وشهدا ان المدعى عليه باعها وسلمها لفلان يقبل لانه اهلك ولو ذكروا بيعا لا تسليما لا يكون شهادة باهلاك اه.

وفي الفتح عن الخلاصة : ادعى على رجل الفا من ثمن بيت فشهدوا له بالف من ضمان جارية غصبها منه وهلكت عنده لا يقبل اه . وفيه لو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل اه . وفيه ادعى انك قبضت من مالي جملا مثلاً بغير حق وذكر سنه وقيمته فشهدوا انه قبضه من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى اه .

وفي جامع الفصولين ولو ادعى انه قبض مني كذا درهما بغير حق

اليـه بالدعوى اه .

وفي جامع الفصولين ولو ادعى انه قبض مني كذا درهما بغير حق وشهد انه قبضه منه بجهة الربا تقبل . ولو ادعى الغصب وشهدا بقبضه بجهة الربا ، لا تقبل اذ الغصب قبض بلا اذن والقبض بجهة الربا قبض باذن ولو ادعى انه غصبه منه وشهدا انه ملك المدعي وفي يد المدعى عليه بغير حق ، لا تقبل لا على الملك لانهما لم يقولا غصبها منه ولا على الغصب لانهما شهدا انه بيده بغير حق ويجوز ان يكون بيده بغير حق لا من جهة المدعي بان غصبه من غير المدعي لا منه .

اقول هكذا علل في الفصولين وفيـه نظر والاقرب ان يذكر تعليل الملك في الغصب وتعليل الغصب في الملك وفيه نظر ايضاً لان قولهما انه ملك المدعي قرينة على انه بيده من جهة المدعي فالاولى ان يعلل بان المدعي فعل الغصب ولم يبرهن عليه فبرهن لا على المدعى فلم يقبل ، للاختلاف وهذا غاية ما تيسر ان يقال هنا . وفيه نظر ايضا لان هذا الاختلاف ينبغي ان لا يمنع قبول الشهادة لانهما شهدا باقل مما ادعى لان في دعوى الغصب منه دعوى انـه بيده بغير حق معنى مع زيادة دعوى الفعل فينبغي ان تقبل مع ان عـدم القبول في امثـاله يفضي الى الحرج والتضييق وتضييع كثير من الحقوق وامرنا بيسر لا بعسر والحرج مدفوع شرعاً فلما ظهر بالبينة للقاضي انـه له وبيده بغير حق وهو يطلبه ينبغي ان يحكم له به — الا ان ياتي الخصم بدفع صحيح الى هنا عبارة جامع الفصولين .

اقول ما ذكره عن الفصولين مذكور بعينه في البزازية وما ذكره من البحث انما هو بحث في المنقول فلا يلتفت اليه ولهذا نقـل صاحب البحر المسئلة عن جامع الفصولين واقرها ولم يتعرض الى شيء مما بحثه على ان قوله في التنظير الاخير لان هذا الاختلاف الى اخر العبارة ، انما يسلم لو كان الملك مدعى به كالغصب وليس الامر كذلك ، لان وضع المسئلة ان الدعوى بمجرد فعل الغصب فعدم القبول لكونهم شهدوا باكثر من

المدعى من هذا الوجه اذ لا يلزم من دعوى الغصب دعوى الملك لجواز ان تكون وديعة في يده والمودع يملك الدعوى بها على غاصبها من يده كما هو مقرر في محله وعليه فينبغي تعليل المسئلة هكذا — لا تقبل على الملك لانه غير مدعى به ولا على الغصب لان الشهادة اذا بطلت في بعض المشهود به بطلت في الباقي فانه تعليل لا يتطرق اليه نظر . ويلزم على هذا انه لو كان الملك مدعى به كالغصب والمسئلة بحالها ان تقبل هذه الشهادة وهو الذي يقتضيه الفقه لان الشهادة بالملك مطابقة للدعوى به والشهادة بالغصب وان خالفت الدعوى لفظا لكنها باقل من المدعى على ما تقرر في البحث السابق وبهذا يندفع الحرج وتضييع كثير من الحقوق فان الشاهد غالبا ، يتحقق ملكية المدعي فيشهد بها ولا يشاهد الغصب فيشهد انه بيد المدعى عليه بغير حق لكن ربما يعكر على ما قلناه انه في الهندية ذكر المسئلة بهذا اللفظ : ادعى انه غصب حماره وشهدوا ان هذا الحمار ملك المدعي وفي يد هذا بغير حق لا تقبل اه .

فان الظاهر من اضافة الحمار الى ضمير المدعي ان ملكية الحمار مدعى بها ويمكن ان يقال ليست الاضافة المذكورة نصا في ان ملكية الحمار مدعى بها وان الاضافة قد تكون لادنى ملابسة فتأمل والتمس النقل الصريح في عدم قبول الشهادة اذا كان الملك مدعى به صريحا مع دعوى الغصب وباقي المسئلة بحالها فان لم تجده فالوجه قبولها لموافقتها للدعوى معنى كما قررنا .

المادة — ١٧٠٨ اذا كان المدعى به اقل مما شهدت به الشهود وكان المشهود به اكثر لا تقبل شهادتهم الا ان يكون الاختلاف الذي بين الشهادة والدعوى قابلا للتوفيق ويوفق المدعى بينهما ايضاً فحينئذ تقبل .

فلو لم يكن قابلًا للتوفيق تلغو الشهادة كما اذا ادعى داراً بسبب الشراء فشهدا له بالملك المطلق لانهما شهدا له باكثر مما ادعى ملكاً حادثا وهما شهدا له بملك قديم وهما مختلفان فان الملك يثبت من الاصل — حتى ان المشهود له يستحق المدعى بزوايده وترجع الباعة بعضهم على بعض ولا كذلك في الملك الحادث فصارا غيرين والتوفيق متعذر لان الحادث لا يتصور ان يكون قديما ولا القديم حادثا فلغت الشهادة .

وقيدنا الدعوى بالدار للاحتراز عن دعوى الدين لان فيه اختلافا ففي فتح القدير : لو ادعى الدين بسبب القرض فشهدا بملك مطلق لا تقبل وفي المحيط ما يدل على القبول وعندي الوجه القبول لان اولية الدين لا معنى لها بخلاف العين بحر وذكر محشيه العلامة ابن عابدين ان ما تفقه به صاحب الفتح من القبول كان يفتي به الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني كما في التتارخانية ونقل عن نور العين انه الصحيح وانه الذي حرره منلا علي التركماني في مجموعته الكبرى وتمامه فيه قلت وسيأتي تصحيحه ايضا في شرح المادة ١٧٠٩ عن الخانية معزيا للاصل وقد افادت هذه الفقرة انه لا بد من التوفيق وهذا هو الاستحسان والقياس ان التوفيق اذا كان ممكنا يحمل عليه وان لم يدع التوفيق تصحيحا للشهادة وصيانة لكلامه . وجه الاستحسان ان المخالفة بين الدعوى والشهادة ثابتة صورة فاذا كان التوفيق مراداً تزول المخالفة وان لم يكن التوفيق مراداً لا تزول بالشك فاذا ادعى التوفيق ثبت التوفيق وزالت المخالفة فلو قال المدعي ما كان لي عليه الا الف درهم فقط لا تقبل شهادتهم بحر عن الخانية

مثلًا اذا ادعى المدعي بان هذا المال ملكي منذ سنتين وشهد الشهود بكونه ملكه منذ ثلاث سنوات لا تقبل شهادتهم كذلك اذا ادعى المدعي بخمسماية وشهد الشهود بالالف لا تقبل شهادتهم ولكن اذا وفق بين الدعوى والشهادة بقوله

كان لي عليه الف ولكن ادى منها خمساية وبقي خمساية وليس للشهود علم بذلك تقبل شهادة الشهود .

وكذا اذا قال ابرأته عن خمساية وبقي لي خمساية ولم يعلم به الشهود ، تقبل وكذا في الالف والالفين ولا يحتاج الى اثبات التوفيق بالبينة لان الشيء انما يحتاج الى اثباته اذا كان سببا لا يتم بدونه ولا ينفرد باثباته - كما اذا ادعى الملك بالشرا فشهد الشهود بالهبة فان ثمة يحتاج الى اثباته بالبينة كذا في الخانية .

والظاهر ان اقتصار هذه المادة على ذكر التوفيق في المسئلة الثانية لكون التوفيق في المسئلة الاولى متعذر لما قدمناه في شرح الفقرة السابقة من ان الحادث لا يتصور ان يكون قديما والقديم لا يتصور ان يكون حادثا . ومعلوم ان الملك المؤرخ من سنتين ، حادث بالنسبة الى المؤرخ من ثلاث سنوات . وعن هذا ذكر في الخانية بعد ان سرد مسايل يمكن فيها التوفيق ما نصه : ولو ادعى داراً في يد رجل انها له منذ سنة فشهد الشهود انها له منذ عشرين سنة بطلت شهادتهم اه فقوله بطلت ، قد يشعر بما قلنا . هذا اذا كانت الدعوى والشهادة بالملك المطلق اما لو كانت بملك مقيد بسبب من الاسباب فقد ذكره في الخانية لو ادعى امة في يد رجل وقال اشتريتها منه بعبدي هذا منذ شهر فجحد البايع ذلك ثم جاء بشهود فشهدوا انه اشتراه منه منذ سنة لا تقبل لمكان التناقض الا ان يوفق فيقول اشتريتها منه منذ سنة كما شهد به الشهود ثم بعتها منه ثم اشتريتها منذ شهر فاذا وفق على هذا الوجه وشهد الشهود بالبيع والشراء بعد ذلك يصح التوفيق ويقضى له انتهى .

قال في التكملة بعد نقلها وفي هذا نظر لانه صار مدعيا بالاخير وهما شهدا بالاول الا اذا اعاد الشهادة بالاطلاق اه .

اقول ليس مراد الخانية بقبول الشهادة على الشراء منذ سنة ان

القضاء له بالشراء يكون بها بل المراد ان المدعي لما صدق بها ولم يكذبها ثم وفق بما ذكر لم تكن الشهادة مناقضة لدعواه حتى لو اقام بينة على بيعها من المدعي بعد الشراء الذي شهد به الشهود ثم شرائها منه منذ شهر تسمع دعواه وتقبل بينته على البيع والشراء الاخير ويقضى له بها . ولو لم تكن تلك الشهادة بعد التوفيق المذكور مقبولة لما قبلت منه دعوى الشراء منذ سنة لان تصديقه لهم بالشراء منذ سنتين يناقض دعواه الشراء منذ سنة . وهذا اذا صدق بتلك الشهادة ولم يكذبها . اما لو كذبها ردت من اصلها اما لنسبة الشهود الى الكذب او لانهم شهدوا بما لم يدعه وحينئذ يكلف لاقامة شاهدين غيرهما على ما ادعاه من الشراء منذ شهر هذا ما ظهر لي في تقرير هذه العبارة وبه يندفع النظر السابق وتتخرج عليه مسائل ذكرها في الخانية . منها ادعى داراً في يد رجل انها كانت لابيه فلان مات وتركها ميراثا له منذ سنة فجحد المدعى عليه فجاء المدعي بشهود فشهدوا بانه اشتراها من الذي في يده منذ سنتين وادعى المدعي ذلك لا تقبل هذه الشهادة الا ان يوفق فيقول اشتريتها من ذي اليد منذ سنتين كما شهدوا ثم بعتها من ابي ثم مات ابي فورثتها منه فاذا وفق على هذا الوجه وشهد الشهود بذلك يقضى له ولا يثبت هذا التوفيق ما لم يشهد الشهود بالبيع من ابيه لان دعوى البيع من ابيه دعوى على الاب فلا يثبت الا ببينة . وكذا لو ادعى الارث اولا فشهد الشهود بالهبة او الصدقة مكان الشراء لا تقبل ما لم يوفق .

عبد في يد رجل ادعى رجل ان الذي في يده تصدق به عليه منذ سنة وقبضه وجحد الذي في يده فجاء المدعي بشهود شهدوا انه اشتراه من ذي اليد منذ سنتين لا تقبل — الا ان يوفق فيقول اشتريته منذ سنتين ثم بعته ثم تصدق به علي منذ سنة فاذا وفق على هذا الوجه فشهد الشهود على البيع منه ثم بالصدقة يقضى له . ولو ادعى اولا الشراء من ذي اليد منذ سنة فشهد الشهود بالصدقة منذ سنتين وادعى المدعي ذلك لا تقبل — الا ان يوفق فيقول تصدق علي منذ سنتين وقبضته ثم بعته

منه منذ سنة ثم اشتريته وشهد الشهود له بذلك اه .

وفيها : لو ادعى الصدقة منذ سنة فشهد الشهود انه اشتراه منه منذ شهر ، لا تقبل الا ان يوفق فيقول تصدق به علي منذ سنة وقبضته ثم وصل اليه بسبب من الاسباب او جحد الصدقة فاشتريتها منه منذ شهر فاذا وفق على هذا الوجه واثبت بالبينة ، قبلت بينته . ولو ادعى ميراثا عن ابيه منذ سنة وشهد الشهود انه اشتراه من ذي اليد بعد ما قام من عند القاضي لا تقبل فان وفق فقال جحد لي الميراث واشتريته منه الآن ، قبلت بينته لكن اذا اعاد البينة على ذلك لان الشراء من ذي اليد دعوى على ذي اليد فلا يثبت بدون البينة . والشهادة الاولى قامت قبل الدعوى فلا تعتبر . ولو ادعى امة في يد رجل وقال اشتريتها منه بعبدي هذا منذ شهر فجحد البايع ذلك وجاء المدعي بشهود فشهدوا انه اشتراها منه بالف منذ قام من عند القاضي ، لا تقبل لمكان المخالفة الا ان يقول اشتريتها بالعبد منذ شهر ثم جحدني فاشتريتها منه بالف درهم بعد ذلك فاذا وفق على هذا الوجه واعاد البينة على الشراء بالف يقبل ذلك اه ما في الخانية .

قلت لا يخفى ان قبول البينة التي خالفت الدعوى في المسايل الثلاث الاخيرة بعد ان وفق المدعي وادعى بما شهد به شهوده ، ظاهر لا اشكال فيه وافاد كلامه انه لا بد من اعادة شهادتهم بعد التوفيق وادعاء المدعي بما شهد به الشهود لان شهادتهم الاولى كانت قبل ادعاء المدعي فلا تعتبر .

المادة ١٧٠٩ - اذا ادعى المدعي الملك المطلق بقوله هذا البستان ملكي مثلا وشهدت الشهود بالملك المقيد بقولهم ان المدعي اشترى هذا البستان من فلان تقبل شهادتهم واذا شهد الشهود بالملك المقيد على ذلك الوجه سأل الحاكم المدعي ابهذا

السبب تدعي الملك ام بسبب اخر فان قال المدعي نعم انا ادعي الملك بهذا السبب قبل الحاكم شهادة الشهود وان قال ادعيه بسبب اخرٌ او لا ادعيه بهذا السبب رد الحاكم شهادة اؤلئك الشهود .

لتكذيب المدعي شهوده حينئذ وانظر ما لو سكت ولم يجب بشيء، او اجاب بقوله انا ادعيه بالملك بالمطلق . والظاهر ان القاضي يقضي بتلك الشهادة حينئذ ولا يجبره على الجواب بنعم او بلا لاطلاق عامة المتون والشروح قبولها . قالوا لانه لما ادعى الملك المطلق فقد ادعى الملك في الحال وفيما مضى والشهود اذا شهدوا بالشراء فقد شهدوا له بالملك في الحال فقط فكانت شهادتهم باقل مما ادعى فتقبل وعبارة الهندية : اذا ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا بسبب معين ، تقبل كذا في التبيين وينبغي للقاضي ان يسئل مدعي الملك ألك بهذا السبب الذي شهد به الشهود او تدعيه بسبب اخر ان قال ادعيه بهذا السبب فالقاضي يقضي له بالملك وان قال ادعيه بسبب اخر او لا ادعيه بهذا السبب فالقاضي لا يقبل شهادتهم كذا في المحيط اه ومثله في اول الحادي عشر من جامع الفصولين .

ومقتضاه ان السوال المذكور غير واجب على القاضي لكن عبارة الفتح هكذا ولو ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا بسبب تقبل كذا في الجامع الكبير وزاد في الاجناس في القبول ان القاضي يسئل المدعي الخ ومثله في البحر الا انه قال اطلقه في الكتاب وقيده في الخلاصة بان يسئل القاضي المدعي الخ وصاحب الاجناس هو صاحب الخلاصة فليتأمل فان ما في البحر يقضي انّ القول بالقبول مقيد بان يسئل المدعي فيجيب بانه يدعيه بالسبب الذي شهد به الشهود وذكر في الفتح عن فتاوي رشيد الدين انه لو ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم اذا شهدوا على الملك بسبب حل دعوى الملك المطلق عليه فلا

تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانهم شهدوا ببعض ما شهدوا به اولا فتقبل اه .

وفي اوايل باب الدعوى من الخانية : وان ادعى رجل دينا على رجل ولم يبين السبب فشهدت الشهود بالسبب جازت شهادتهم وان ادعى دينا بسبب فشهدت الشهود بالدين المطلق قيل لا تقبل شهادتهم كما لو ادعى ملكاً بسبب فشهدت الشهود بالملك المطلق والصحيح انها تقبل ذكره في كفالة الاصل اه قلت وقدمنا هذا في شرح المادة ١٧٠٨ عن الفتح .

المادة ١٧١٠ – اذا ادعى المدعي بستانا ملكا مقيداً مثلاً ينظر الى قوله فان قال اشتريته ولم يذكر بائعه او قال اشتريته من احد مبهما وشهد الشهود بالملك المطلق بقولهم هذا البستان املكه فتقبل شهادتهم لكون الدعوى في حكم دعوى الملك المطلق

لانه لما لم يبين البايع صار كانه ادعى الملك المطلق ، اذ اكثر ما فيه انه اقر بالملك لبايعه وهو لم يجز لانه اقر لمجهول وهو باطل فكأنه لم يذكر الشراء جامع الفصولين وذكر في البحر ان دعوى الملك بالشراء انما تكون من قبيل دعوى الملك المقيد بسبب شرطين . الاول ان يدعيه من رجل معروف بان قال ملكي اشتريته من فلان وذكر شرائط المعرفة – اما اذا قال ملكي بالشراء او اشتريته من رجل او قال من زيد وهو لا يدري والشهود شهدوا على الملك المطلق تقبل . الثاني ان لا يدعي القبض مع الشراء فان ادعاهما فشهدوا على الملك المطلق تقبل اه . وذكر في جامع الفصولين في هذه خلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض ، ملك مطلق الا ترى انه لا يشترط لصحة هذه الدعوى اعلامه

حتى – ان من قال لغيره بعت منك قنا بكذا وسلمته صح دعواه ولو كان الثمن مجهولا وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء معتبرة في نفسها هنا الا ترى انه لا يحكم له بالزوايد اه .

ومثله في الفتح ولم يرجحوا احد القولين على الاخر . وذكر في متن الكنز ان دعوى الارث دعوى ملك مقيد بسبب كدعوى الشراء من معلوم لكن المشهور انه كدعوى الملك المطلق كما في البحر وبه جزم في الخلاصة والبزازية . وعليه لو ادعى الملك بسبب ارث وشهدوا له بالملك المطلق تقبل – لكن في الخانية ما نصه : لو ادعى انها داره ورثها من ابيه والشهود شهدوا انها داره لا تقبل شهادتهم اه فانت ترى قاضيخان قد اقتصر على القول المذكور في متن الكنز فليتأمل عند الفتوى .

واعلم ان عدم قبول الشهادة بالملك المطلق اذا ادعاه بسبب، مقيد بما اذا كان للملك اسباب متعددة اما اذا لم يكن له الا سبب واحد فشهدوا بالمطلق تقبل كما لو ادعى انها زوجته بسبب انه تزوجها بكذا فشهدوا انها منكوحته ولم يذكروا انه تزوجها تقبل ويقضى بمهر المثل اذا كان بقدر المسمى او اقل فان زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة كما في البحر عن الخلاصة وانظر ما كتبناه على هذه المسئلة فى شرح الفقرة الثانية من المادة ١٧٠٦ .

واعلم ايضاً انه لو ادعى الملك بسبب النتاج فشهدوا له بالملك المطلق تقبل لان المطلق اقل من النتاج لان الملك المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل كذا في فتح القدير وقال في جامع الفصولين بعد هذا وهذه المسئلة تدل على انه لو ادعى نتاجا ثم مطلقاً تقبل لا لو ادعى مطلقاً ثم نتاجا اه .

ولكن اذا صرح البايع بقوله اشتريته من فلان وشهد الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم لانه اذا اثبت

الملك المطلق يثبت وقوعه عن اصل ويلزم ان يكون المدعي مالكا لزوايده كلزوم كون المدعي مالكا لثمر البستان الذي حصل قبل مثلا ولكن اذا اثبت البيع المقيد لا يثبتِ الا اعتباراً من تاريخ وقوع السبب كتاريخ وقوع الشراء وبهذه الجهة يكون المطلق بالنسبة الى الملك المقيد اكثر وبهذه الصورة تكون الشهود قد شهدت بالاكثر لا تقبل شهادتهم .

توضيحه ان مدعي شراء البستان يدعي دخوله في ملكه من تاريخ الشراء ويلزم على دعواه هذه ان زوايد المبيع وهي الثمر الحاصل قبل تاريخ الشراء لم يدع به وشهادة الشهود له بالملك المطلق توجب له الملك من الاصل فيلزم على قبولها ان يحكم له بشيء زايد على ما يدعيه فكانت شهادة باكثر فردت لتكذيب المدعي شهوده وبهذا يظهر كون دعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق على ما جزم به في البزازية والخلاصة كما تقدم في شرح الفقرة السابقة وهو ان دعوى الملك بسبب الارث تستدعي الدعوى بالزوايد لان الارث كما افاد المدعي ملك الموروث افاده ملك زوائده فلم تكن الشهادة بالملك المطلق باكثر من دعوى الملك بسبب الارث بخلاف دعواه بسبب الشراء هذا وذكر في الخانية عازيا لاشارة الكتاب تعليلًا اخر لعدم قبول الشهادة بالملك المطلق لمن يدعيه بسبب الشراء وهو ان المدعي قد اقر بالملك لمن ادعى الشراء منه ثم ادعى الانتقال الى نفسه بالشراء ولم يثبت الانتقال لانهم لم يشهدوا به فلا تقبل شهادتهم :

وبهذا التعليل يظهر وجه كون دعوى الشراء مع القبض كدعوى الملك المطلق على ما نقلناه في شرح الفقرة السابقة وهو ان دعوى الشراء مع القبض اقرار بملك قد انقطع وعقد قد تم وانتهى فلا يحتاج فيه الى

الاثبات فصار كدعوى الملك المطلق وهذا التوجيه اظهر من توجيه صاحب التكملة وتوجيه الشارح اللبناني .

## ﴿ تتمة ﴾

ذكر في الفتح ما نصه : ولو ادعى الشراء بسبب ارخه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل لانه اقل وعلى القلب ، لا تقبل ولو كان للشراء شهران فارخوا شهراً تقبل وعلى القلب لا . ولو ارخ المطلق بان قال هذه العين لي منذ سنة فشهدوا انه له منذ سنتين لا تقبل وعلى القلب تقبل اه – لكن ذكر في البحر ان الملك المورخ اقوى منه بلا تاريخ ثم فرع على ذلك ما في الخلاصة لو ارخ في دعوى الملك واطلق شهوده لا تقبل وفي عكسه المختار انها تقبل اه . ولا يخفى ان كون الملك المؤرخ اقوى منه بلا تاريخ ، يقتضي القبول في مسئلة الخلاصة لان الشهود شهدوا بالاقل مع ان ما في الخلاصة هو المصرح به في المنتقى كما في الهندية معزيا للمختار .

ثم ان ظاهر ما في الخلاصة والمنتقى مخالف لظاهر ما في الفتح وعن هذا استظهر العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر ان الشهادة بالملك بدون تاريخ اقوى منه بعد دعواه مورخا لانه بدون تاريخ محتمل الاولية ففي الشهادة به زيادة اه . اي وما في الخلاصة كل من الدعوى والشهادة في الملك المطلق. ولهذا قال لا تقبل بخلاف الشهادة بالملك بسبب كالشراء بدون تاريخ فانه اقل منه بعد الدعوى به مورخا ولهذا قال في الفتح انه تقبل وعلل بانها شهادة بالاقل .

والحاصل ان دعوى الملك بسبب مؤرخ اقوى منه بلا تاريخ وعليه يتفرع ما في الفتح ودعوى الملك المطلق بلا تاريخ اقوى منه مؤرخا وعليه يتفرع ما في الخلاصة فقول البحر ان الملك للمؤرخ اقوى منه بلا تاريخ – ان اراد بالملك الملك بسبب فهو صحيح لكن لا يصح تفريع ما في الخلاصة عليه وان اراد بالملك الملك المطلق فهو غير صحيح لمخالفته لما تقدم عن الفتح فاغتنم تحرير هذه المسئلة .

المادة ١٧١١ – لا تقبل الشهادة اذا كانت مخالفة للدعوى

في سبب الدين مثلاً اذا ادعى المدعي الفاً على رجل انه ثمن مبيع وشهد الشهود على المدعى عليه بكونه مديونا بالف من جهة القرض فلا تقبل شهادتهم .

اما لو شهدوا على اقرار المدعى عليه بكونه مديونا بالف من جهة القرض فتقبل كما في الهندية عن المحيط والخلاصة والذخيرة . وفي جامع الفصولين ادعى ماية قفيز بر بسبب سلم صحيح وشهدا ان المدعى عليه اقر ان له عليه ماية قفيز بر ولم يزيدا قيل تقبل لانه اختلاف في سبب الدين وانه لا يمنع قبول الشهادة وقيل لا تقبل وهو الاصح لانهما لم يذكرا اقراره بسبب السلم . والاختلاف في سبب الدين انما لا يمنع قبولها لو لم يختلف الدين باختلاف السبب . ودين السلم مع دين اخر يختلفان اذ الاستبدال قبل القبض لم يجز في السلم وجاز في دين البر بلا سلم فلم يشهدوا بدين يدعيه فلا تقبل - بخلاف ما لو ادعى بسبب القرض وشهدوا انه اقر ولم يذكرا سبب القرض تقبل ولو ادعى ديناً وشهدا باقراره بالمال تقبل وتكون اقامة البينة على اقراره كاقامة البينة على السبب وافتى ( شين ) بانــه لا تقبل

كذلك لو ادعى المدعي بان هذا المال لي موروث من والدي وشهدت الشهود بانه موروث له من ابيه فــلا تقبل شهــادتهم .

لانه لا وجــه للتوفيق بين الدعوى والشهادة والظاهر ان الحكم كذلك لو شهد الشهود على اقرار المدعى عليه بان المدعي ورثها من امه لما في البزازية من ان السبب انما لا يعتبر اي فيما اذا شهدوا على الاقرار

اذا كان حكم السببين واحدا كما اذا ادعى الفاً بسبب القرض فشهد الشهود على اقرار المدعى عليه بالف من ضمان مغصوب فان الالف الواجب بالقرض والغصب ، واحد اما ها هنا حكم السببين مختلف لان الموروث من الاب يتضمن حقوقاً غير ما يتضمنه الموروث من الام من قضاء ديون الاب وتنفيذ وصاياه وغير ذلك فلا تقبل اه . وهو قريب مما نقلناه قريباً عن جامع الفصولين فتدبر .

# الفصل الخامس

## في بيان اختلاف الشهود

اعلم ان الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط لقبولها كما كانت شرطاً بين الدعوى والشهادة لان القضاء لا يجوز الا بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقاً الا انهم اتفقوا على ان الموافقة من حيث المعنى فقط ، تكفي بين الشهادة والدعوى واختلفوا فيما بين شهادة الشاهدين فعندهما تكفي ايضاً من حيث المعنى فقط وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى لا بد من اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى وعلى قوله مشت المتون والمراد بالاتفاق في اللفظ ، تطابق لفظي الشاهدين على افادة المعنى بطريق الوضع سواء كان بعين ذلك اللفظ او بمرادفه – حتى لو شهد احدهما بالهبة والاخر بالعطية تقبل واما تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق التضمن فلا يكفي عنده حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم واخر بدرهمين واخر بثلاثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لم تقبل في شي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الموافقة لفظا وتقبل على اربعة عندهما لان الاربعة مدلول عليها مطابقة في شهادة الاربعة وتضمنا

في شهادة الخمسة . وكذا ان شهد احدهما بالف والاخر بالفين ، لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا الخلاف المائة والمايتان والطلقة والطلقتان او الثلاث . لهما انهما اتفقا على الاقل وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرد به احدهما لعدمها فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمساية والمدعي يدعي الالف والخمساية — بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا يثبت شي. لان المدعي كذب من يشهد بالزيادة وبشهادة الفرد لا يثبت الحق . ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ، ان اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين ولهذا لا يراد باحدهما الاخر ولم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد . ولا يقال أن الالف موجود في الالفين لانا نقول نعم موجود فيه اذا ثبت الالفان ثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن الا ترى انه لو شهد احدهما انه قال لامرأته انت خلية وشهد الاخر انه قال برية لا يقع شي. وان اتفق اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول — بخلاف الدعوى والبينة حتى لا يشترط اتفاقهما في اللفظ الا ترى ان المدعي لو ادعى الغصب والقتل وشهدا باقرار المدعي عليه بذلك ولو شهد احدهما بالغصب او القتل والآخر بالاقرار به لا تقبل وبخلاف الالف والخمساية لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرد احدهما بالزيادة على سبيل العطف . والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف ، والماية والمائة والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف عطف . ولو لم يدع المدعي الاكثر فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لانـه كذبه المدعي بالزيادة الا ان يوفق فيقول كان حقي كما قال الا اني استوفيت الزايد او ابرائه عنه فحينئذ تقبل في الاقل لظهور التوفيق كذا في الزيلعي

وفي صدر الشريعة على الوقاية ما نصه : ولا شك ان قولهما اظهر وفرق ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، ضعيف وهو انهما متفقان على الالف في شهادة احدهما والاخر بالف ومائة غير متفقين في شهادة احدهما بالالف والاخر على الالفين اه . وفي الفتح ما نصه وعلى هذا لو شهد احدهما بمائة والاخر بمائتين او بطلقة وطلقتين او طلقة وثلاث لا يقضي بطلاق اصلاً عنـــده وعندهما يقضي بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والعشرة والخمسة عشر والدرهم والدرهمان .

وهذا في دعوى الدين اما في دعوى العين بان كان في كيس الف درهم فشهد احدهما ان جميع ما في الكيس وهو الفا درهم له وشهد اخران جميع ما في الكيس له وهو الف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخبازي اه . وعلى هذا يتخرج ما في الدر والدرر وغيرهما من انه لو شهد احدهما ان هذين العبدين له والاخر ان هذا العبد له ، قبلت على العبد الواحد الذي اتفقا عليه اتفاقاً اه .

واعلم ان ما قدمناه عن الزيلعي من انه لو شهد احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر لا تقبل الخ ، هو المصرح به في الهداية وعامة الشروح والفتاوي فلا يلتفت الى ما قاله في القنية من انه ينبغي ان تقبل وان نقله صاحب التكملة وقال انه الاشبه معللاً بان العاطف مقدر فيه ولذلك بني والمقدار كالملفوظ الى اخر ما قاله مما هو مدفوع بادنى تأمل .

واعلم ان من المسايل المذكورة في اوقاف الخصاف ما يخالف اصل ابي حنيفة ذكرها ولم يذكر فيها خلافاً بل اشار الى انها اتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد احدهما انه جعلها صدقة موقوفة ابـــداً ان لزيد ثلث غلتها وشهد اخران لزيد نصفها قال اجعل لزيد ثلث غلتها الذي اجمعا عليه والباقي للمساكين . وكذا اذا سمى احدهما مالا لزيد من هذه الصدقة والآخر اقل منه احكم لزيد بما اجتمعا عليه وكذا اذا شهد احدهما انه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الاخر يعطى الفاً قال اقدر نفقته وعياله في العام فـــان كانت اكثر من

الف حكمت له بالالف او الالف اكثر اعطيته نفقته والباقي للمساكين هذا بعد ان ادخل الكسوة في النفقة ثم اورد على نفسه فقال قلت فام اجزت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظها قال المعنى فيه انه انما اراد الواقف ان تزيد بعض هذه الغلة فاجعل له الاقل . ثم قال هذا استحسان والقياس ان الشهادة باطلة اه .

وذكر في الدر وحواشيه ما ملخصه : لو ادعى غصباً او قتلاً فشهد احدهما به والاخر بالاقرار به لم تقبل لان اختلافهما في الانشاء والاقرار وقع في الفعل فمنع قبول الشهادة . وكذا لا تقبل في كل قول جمع مع فعل بان ادعى الفاً فشهد احدهما بالدفع والاخر بالاقرار به . وكذا لو شهد احدهما بنكاح والاخر باقراره به ، او ادعى رهنا فشهد بمعاينة القبض وشهد الاخر ان الراهن اقر بقبض المرتهن . وكذا لو شهد ان المدعي بيد المدعى عليه والاخر اقر انه بيده . ولو شهد احدهما بايداعه والاخر انه اقر بايداعه فعلى قياس الغصب لا تقبل للجمع بين قول وفعل بخلاف شهادة احدهما ببيع او قرض او طلاق او عتاق والآخر بالاقرار به حيث تقبل لاتحاد صيغة الانشاء والاقرار فانه يقول في الانشاء بعت واقرضت وفي الاقرار بعت واقترضت او كنت بعت واقترضت فلم يمنع القبول كما لو شهد احدهما بالف للمدعي على المدعى عليه وشهد الاخر على اقرار المدعى عليه بالف فانه يقبل لانه ليس بجمع بين قول وفعل - بخلاف شهادة احدهما بقتله بسيف عمداً والاخر به بسكين لم تقبل لعدم تكرر الفعل بتكرر الآلة اما لو شهد احدهما على اقراره انه قتله عمداً بالسيف وشهد الاخر على اقراره انه قتله عمداً بالسكين فقال ولي المقتول انه اقر بما قالا ولكنه والله ما قتله الا بالسيف او قال صدقا جميعا ولكنه والله ما قتله الا بالرمح فهذا كله سواء ويقتص من القاتل اه .

ثم هذا كله في اختلاف الشاهدين اما الاختلاف بين الدعوى والشهادة في القول والفعل فلا يمنع لما في حاشية الرملي على الفصولين معزيا لشهادات الجامع وليس الاختلاف بين الشاهدين بمنزلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة

لان شهادة الشاهدين ينبغي ان تكون كل واحد منها مطابقة للاخرى في اللفظ الذي يوجب خللًا في المعنى . اما المطابقة بين الدعوى والشهادة ، فينبغي ان تكون في المعنى خاصة ولا عبرة للفظ حتى لو ادعى الغصب وشهد احدهما على الغصب والاخر على الاقرار بالغصب لا تقبل ولو شهدا على الاقرار بالغصب تقبل اه .

وفي الفصل الحادي عشر من الفصولين رامزاً الى الفتاوي الصغرى لو اختلف الشاهد ان في زمان او مكان او انشاء او اقرار بان شهد احدهما على انشاء والاخر على اقرار فان كان هذا الاختلاف في الفعل حقيقة وحكما يعني في تصرف فعلي كجناية ونصب ، او في قول ملحق بالفعل كنكاح لتضمنه فعلًا وهو احضار الشهود ، يمنع قبول الشهادة وان كان الاختلاف في قول محض كبيع وطلاق وابراء ونحوه ، او في فعل ملحق بالقول وهو القرض ، لا يمنع القبول وان كان القرض لا يتم الا بالفعل وهو التسليم لان ذلك محمول على قول المقرض اقرضتك فصار كطلاق وتحرير وبيع . ولو شهدا برهن واختلفا في زمانه او مكانه وهما بشهدان على معاينة القبض تقبل . وكذا شراء وهبة وصدقة لان القبض قد يكون غير مرة ولو شهدا باقرار واهب او متصدق او راهن بالقبض تقبل اه .

ونقل مثله برمز الخلاصة . وكون القرض فعلًا ملحقاً بالقول ، هو الموافق للخانية بالكن ذكر بعد هذا رامزا بلفظ ( صك ) ان القرض قول ملحق بالفعل معللًا ان قوله اقرضتك قول والتسليم فعل بعده يتم به القرض فالحق به حكمه اه . قال محشيه الرملي فقد اختلف فيه والظاهر ترجيح ما في ص و خ يعني الفتاوي الصغرى والخانية تأمل اه .

## ﴿ تتمة ﴾

ذكر في البحر اثنتين واربعين مسئلة خرجت عن ظاهر قول الامام بوجوب مطابقة الشهادتين لفظاً ومعنى وان امكن رجوعها اليه في الحقيقة وكثير

من هذه المسايل مذكور فيما كتبناه آنفاً وقد اخترنا ذكرها الآن تبعاً للبحر وان استدعى ذلك تطويلاً لما في ذلك من تسهيل استخراج احكامها لمن ابتلي بالافتاء او القضاء .

الاولى ما في العمدة شهد احدهما ان له عليه الف درهم وشهد الاخر انه اقر له بالف درهم تقبل .

الثانية ادعى كر حنطة فشهد احدهما بانها جيدة والاخر رديئة والدعوى بالافضل يقضى بالاقل .

الثالثة ادعى ماية دينار فقال احدهما نيسابورية والاخر بخارية والمدعي يدعي النيسابورية وهو اجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل ومثله ما لو شهد احدهما بالف بيض والاخر بالف سود والمدعي يدعي الافضل تقبل على الاقل ووجهه في المسايل الثلاث انهما اتفقا على الكمية وانفرد احدهما بزيادة وصف . ولو كان المدعي يدعي الاقل لا تقبل الا ان وفق بالابراء اه . اقول الظاهر انه ليس من هذا القبيل ما لو شهد احدهما انها ماية ليرة عثمانية والاخر انها ماية ليرة فرنساوية والمدعي يدعي الماية العثمانية لان العثمانية والفرنساوية وان اتحدا من حيث الكم عدداً الا انهما مختلفان من حيث الكم وزنا لان العثمانية اثقل وزنا من الفرنساوية فقد انفردت احداهما بزيادة في الكم كما انفردت بزيادة في الوصف فتأمل وراجع .

الرابعة مسئلة الهبة والعطية اي لو شهد احدهما انه وهبه والاخر انه اعطاه اي لما قدمناه من انه لا يشترط في الموافقة لفظاً ان يكون بعين ذلك بل اما بعينه او مرادفه .

الخامسة مسئلة النكاح والتزويج اي لو شهد احدهما بانه تزوجها والاخر بانه نكحها وهذا لما قلنا قريبا .

السادسة شهد احدهما انه جعلها صدقة موقوفة ابداً على ان تزيد ثلث غلتها وشهد الاخر ان تزيد نصفها ، تقبل على الثلث والباقي للمساكين ومحله ما اذا كان المدعي يدعي الاكثر قال ط ولا فرق بين ان يكون

المدعى عليه يقر بالوقف وينكر الاستحقاق او ينكرهما واقيمت البينة بما ذكره اه .

السابعة ادعى انه باع بيع الوفاء فاذا شهد احدهما بالبيع والاخر شهد بالاقرار به ، تقبل كما في فتح القدير ولا خصوصية لبيع الوفاء بل كل قول كذلك - بخلاف الفعل كما فيه ايضاً . والنكاح كالفعل اقول وقد تقدم هذا قريباً عن جامع الفصولين .

الثامنة شهد احدهما انها جاريته والاخر انها كانت له تقبل كما في الفتح لان شهادة الثاني اثبتت الملك في الماضي فيحكم به في الحال ما لم يعلم المزيل لكن لو سئله القاضي هل تعلم ان ملكه اليوم فقال لا اعلم ترد شهادته كما تقدم في المادة ١٦٩٥ وشرحها وليراجع ما كتبناه هناك فانه مهم .

التاسعة ادعى الفاً مطلقا فشهد احدهما على اقراره بالف قرض والاخر بالف وديعة ، تقبل لاتفاقهما على انه وصل اليه منه الالف وقد جحد فصار ضامناً . وان ادعى احد السببين لا تقبل لانه اكذب شاهده وكذا في البزازية - بخلاف ما اذا شهد احدهما بالف قرض والاخر بالف وديعة فانها لا تقبل لعدم اتفاق الشهادتين لا لفظاً ولا معنى كما هو ظاهر .

العاشرة ادعى الابراء فشهد احدهما به والاخر على انه وهبه او تصدق عليه او حلله جاز - بخلاف ما اذا شهد احدهما على الهبة والاخر على الصدقة لا تقبل بزازية .

الحادي عشرة ادعى الهبة فشهد احدهما بالبراءة والاخر بالهبة او انه حلله جاز .

الثاني عشرة ادعى الكفيل الهبة فشهد احدهما بها والاخر بالابراء جاز ويثبت الابراء لا الهبة لانه اقلهما فلا يرجع الكفيل على الاصيل بخلاف هبة الطالب الكفيل .

الثالث عشرة شهد احدهما على اقراره انه اخذ العبد والاخر على اقراره

بانه اودعه منه تقبل لاتفاقهما على الاقرار بالاخذ .

الرابع عشرة شهد احدهما انه غصبه منه والاخر ان فلانا اودعه منه يقضى للمدعي ولا يقبل من المدعى عليه بينته بعده لان الشاهدين شهدا على اقراره بالملك .

الخامس عشرة شهد احدهما انها ولدت منه والآخر انها حبلت منه تقبل

السادس عشرة شهد احدهما انها ولدت منه ذكراً وقال الاخر انثى تقبل وتصوير هاتين المسئلتين ان يعلق طلاق زوجته على ولادتها في هذه وعلى حبلها في سابقتها وتوجيه القبول في هذه ان المعلق عليه الطلاق هو الولادة وقد شهدا بها والمعلق عليه في سابقتها هو الحبل والولادة يلزمها الحبل هذا ما ظهر لي .

السابع عشرة شهد احدهما انه اقر ان الدار له والاخر انه سكن فيها تقبل وتثبت اليد للمقر له فقط لاتفاق الشاهدين عليها او يثبت له الملك لان الاصل في اليد الملك فتكون شهادة الثاني موافقة لشهادة الاول حرره نقلا .

الثامن عشر انكر اذن عبده فشهد احدهما على انه اذنه في الثياب والاخر على انه اذنه في الطعام ، تقبل بخلاف ما اذا قال احدهما اذنه صريحا وقال الاخر رآه يبيع ويشتري فسكت لا تقبل .

التاسع عشرة اختلف شاهد الاقرار بالمال في كونه اقر بالعربية او بالفارسية تقبل بخلافه بالطلاق قال في الاشباه والاصح القبول فيهما .

العشرون شهد احدهما بانه قال لعبده انت حر وقال الاخر قال له ازدي تقبل .

الحادية والعشرون قال لامرأته ان كلمت فلانا فانت طالق فشهد احدهما انها كلمته غدوة والاخر عشية طلقت .

الثانية والعشرون قال ان طلقتك فعبدي حر فقال احدهما طلقها اليوم وقال الاخر طلقها امس يقع الطلاق والعتاق لان المعلق عليه طلاق مستقبل وهو قول يعاد ويتكرر .

الثالثة والعشرون شهد احدهما انه طلقها ثلاثا البتة والاخر انه طلقها اثنتين البتة يقضي بطلقتين ويملك الرجعة لانه لا يحتاج الى قوله البتة في ثلاث بحر عن العيون .

قال في رد المحتار عند سرد صاحب الدر هذه المسايل اخر كتاب الوقف وبيانه ان الثلاث طلاق بائن فقوله البتة لغو فكانه لم يذكره وانفرد بذكره الشاهد الثاني فصار الاختلاف بين الشاهدين في مجرد العدد وقد اتفقا على الثنتين فيقضي بهما وتلغوا الثالثة لانفراد احدهما بها كالغاء لفظ البتة لذلك فلذا كان الطلاق رجعياً اه . ثم استظهر ان قبول الشهادة مبني على قول محمد لانه في البزازية عزاه اليه وعند ابي حنيفة لا تقبل اصلاً لما تقدم وصرح به في البحر وغيره من انه لو شهد احدهما بالف والاخر بالفين لا تقبل عنده وعندهما تقبل على الف اذا كان المدعي يدعي الفين وعلى هذا المائة والمايتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث وقد عزاه في البحر الى الكافي واستدرك به على ما في البزازية بان ما في الكافي هو المذهب اه وبه تعلم ان ما كتبه هنا في حاشيته على البحر غير محرر .

الرابعة والعشرون شهد احدهما انه اعتق بالعربي والاخر بالفارسي تقبل للاتفاق في المعنى بخلاف ما اذا شهد احدهما انه قذفه بالعربي والاخر بالفارسي ، لا تقبل لان العبرة في الحدود للصورة والمعنى جميعاً احتياطاً للدرأ وهي مكررة مع العشرين وان وقع في اللفظ بعض اختلاف .

الخامسة والعشرون اختلفا في مقدار المهر ، يقضي بالاقل كما في البزازية . وفي جامع الفصولين شهدا ببيع او اجارة او طلاق او عتق على مال واختلفا في قدر البدل لا تقبل الا في النكاح تقبل ويرجع في المهر الى مهر المثل وقالا لا تقبل في النكاح ايضا اه قال العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر الظاهر ان ما في جامع الفصولين ، فيما اذا انكر الزوج النكاح من اصله وكذا البيع ونحوه ، وما في البزازية فيما اذا اتفقا على النكاح واختلفا في قدر المهر . ووجه عدم القبول في البيع

ونحوه ان العقد بالف مثلا ، غير العقد بالفين وكذا النكاح على قولها وعلى قوله باستثناء النكاح ان المال فيه غير مقصود ولذا صح بدون ذكره بخلاف البيع ونحوه اه .

السادسة والعشرون شهد احدهما انه وكله بخصومة مع فلان في دار سماها وشهد الاخر انه وكله بخصومة فيه وفي شيء آخر تقبل في دار اجتمعا عليه ، اذ الوكالة تقبل التخصيص وفيما اتفق عليه الشاهدان تثبت الوكالة لا فيما تفرد به احدهما فلو ادعى وكالة معينة فشهد بها والاخر بوكالته عامة ينبغي ان تثبت المعينة . ولو شهدا بوكالته وزاد احدهما انه عزله تقبل في الوكالة لا في العزل . ولو شهد احدهما انه وكله بطلاقها وشهد الاخر انه وكله بطلاقها وطلاق فلانة الاخرى فهو وكيل في طلاق التي اتفقا عليه .

السابعة والعشرون شهد احدهما بانه وقفه في صحته والاخر انه وقفه في مرضه قبلا اذ شهدا بوقف بات الا ان حكم المرض ينقض فيما لا يخرج من الثلث وبهذا لا يمنع الشهادة كما لو يشهد احدهما انه وقف ثلث ارضه والاخر انه وقف ربعها كذا في جامع الفصولين . ولو قال احدهما وقفها في صحته وقال الاخر جعلها وقفاً بعد وفاته بطلت الشهادة وان كانت تخرج من الثلث لان الشهادة بانه وقفها بعد موته شهد بانها وصية والشاهد بانه وقفها في صحته قد امضى الوقف وهما مختلفان كذا في حاشية البحر من الاسعاف .

الثامنة والعشرون لو شهد شاهد انه اوصى اليه يوم الخميس واخر انه اوصى اليه يوم الجمعة جازت لانها كلام لا يختلف بزمان او مكان .

التاسعة والعشرون ادعى مالا فشهد احدهما ان المحتال عليه احال غريمه بهذا المال وشهد الاخر انه كفل عن غريمه بهذا المال تقبل اه .

وصورته كما في رد المحتار اخر كتاب الوقف ادعى زيد على عمرو غير ان احد الشاهدين شهد ان المال لزمه بطريق الاحالة عليه والاخر شهد بان المال لزمه بطريق الكفالة فيقضي بالكفالة لانها الاقل

الثلاثون شهد احدهما انه باعه بكذا الى شهر وشهد الاخر بالبيع

ولم يذكر الاجل .

الحادية والثلاثون شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلاثة ايام ولم يذكر الاخر الخيار تقبل فيهما اي في هذه المسئلة والتي قبلها والمراد انه يثبت البيع وان لم يثبت الاجل والشرط كما في رد المحتار آخر كتاب الوقف .

الثانية والثلاثون شهد واحد انها وكله بالخصومة في هذه الدار عند قاضي الكوفة واخر قال عند قاضي البصرة جازت شهادتهما اي على اصل الوكالة بالخصومة .

الثالثة والثلاثون شهد احدهما انه وكله بالقبض واخر انه جراه تقبل لان الجراية والوكالة سواء والجري والوكيل سواء. فقد اتفق الشاهدان في المعنى واختلفا في اللفظ وانه لا يمنع قبول الشهادة .

الرابعة والثلاثون شهد احدهما انه وكله بقبضه والاخر انه سلطه على قبضه تقبل .

الخامسة والثلاثون شهد احدهما انه وكله بقبضه والاخر انه اوصى اليه بقبضه في حياته تقبل .

السادسة والثلاثون شهد احدهما انه وكله بطلب دينه والاخر بتقاضيه تقبل .

السابعة والثلاثون شهد احدهما انه وكله بقبضه والاخر بتقاضيه او طلبه تقبل.

الثامنة والثلاثون اختلفا في زمن اقراره بالوقف تقبل .

الاربعون اختلفا في مكان اقراره به تقبل .

الحادية والاربعون اختلفا في وقفه في صحته او في مرضه تقبل وهي مكررة مع السابعة والعشرين .

الثانية والاربعون شهد احدهما بوقفها على زيد والاخر على عمرو تقبل وتكون وقفاً على الفقراء. اه ما في البحر مع زيادة من حاشيته ومن رد المحتار وزاد في زواهر الجواهر مسائل ذكرها في الدر منها ما هو مكرر مع ما سبق ومنها ما هو معلوم حكمه مما قررناه قبل سرد هذه المسائل ولهذا اعرضنا عن ذكرها هنا خشية من الملل .

جـ ـ م

## المادة ١٧١٢ — اذا اختلف الشهود في المشهود بـه لا تقبل شهادتهم مثـلاً لو شهد احد الشهود بالف قرش ذهباً والاخر بالف فضة لا تقبل شهادتهما

لان احـد الشاهدين كاذب بيقين ومثله ما اذا شهد احدهما بكر حنطة والاخر بكر شعير كما في الفتح . اما لو شهد احدهما بالف قرضاً والاخر بالف ثمن متاع فليس من الاختلاف في جنس المشهود بـه بل في الشيء المتعلق به كما سيأتي في المـادة الآتية فافهم . ومسايل اختلاف الشاهدين في جنس المشهود به كثيرة ومنها ما لو شهد احدهما على الغصب والاخر على الاقرار به او ادعى بالمبيع عيباً فشهد احدهما انه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الاخر على اقرار البايع به ، او ادعى عينـاً انه له فشهد احدهما انه ملكه والاخر على اقرار ذي اليد انه ملكه . ومثله دعوى الرهن فشهد احدهما بمعاينة القبض والاخر على اقرار الراهن بقبضه وكذا الوديعة لو ادعاها فشهد احدهما بها والاخر بالاقرار بها ، لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل كما في الفتح .

وعلة عدم القبول في جميع المسايل المذكورة اختلافهما في جنس المشهود به لان الفعل جنس والقول جنس آخر بخلاف نحو البيع والاجارة والقرض مما هو قول محض فان شهادة احد الشاهدين به والاخر بالاقرار به لا يمنع من القبول لان المشهود به جنس واحد .

ومن مسايل اختلاف الشاهدين في الجنس مـا لو ادعت على زوجها البينونة فشهد احدها انه قال لها انت برية والاخر انت خليه فانـه لا يقضى ببينونة اصلاً بخلاف ما لو شهد احدها على التزويج والاخر على النكاح حيث تقبل كما تقـدم . والفرق ان التزويج والنكاح مترادفان لغة واتفاق الشاهدين بالمرادف يكفي - بخلاف خلية وبرية فانهما متباينان

لفظا ومعنى لان البراءة عقب الشغل والخلو الفراغ المطلق وان كان يلزمها لازم واحد وهو وقوع البينونة فاختلاف معناها دليل اختلاف تحمل الشاهدين فان هذا يقول ما وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والاخر يقول لم تقع الا بوصفها ببرية فاختلف في المشهود به فلا يقضى ببينونة فتح بزيادة قليلة من حاشية الشلبي على الزيلعي . ومنها ما لو شهد احدهما انه سرق بقرة والاخر انه سرق ثوراً او حماراً كما في الهندية .

## المـادة ١٧١٣ — اذا اوجب اختلاف الشهود في الشيء المتعلق بالمشهود به الاختلاف في المشهود به لا تقبل شهادتهم والا تقبـل .

يعني لو اختلف الشهود في شيء يتعلق بالمشهود به فـان كان ذلك الاختلاف يوجب اختلافا في المشهود به كان مانعا من قبول الشهادة والا فلا فمن الاول ما لو شهد احدهما بالف قرضا والاخر بالف ثمن مبيع فـان المشهود به واحد وهو الف درهم مثلًا لكن اختلاف الشاهدين في سببه يوجب اختلافا في نفسه فان الالف الواجبة بالقرض ، غير الالف الواجبة بكونها ثمن مبيع فلا تقبل . ومنه ما اذا اختلف الشهود في آلة القتل بان شهد احدهما بالقتل بعصا وشهد الاخر بالقتل بسيف لا تقبل وكذا اذا شهد احدهما انه قتله عمداً وشهد الاخر انه قتله خطأ او قال احدهما قتله بالسيف وقال الاخر لا احفظ الذي قتله به كما في الهندية . ومنه ايضا ما لو اختلف الشهود في لون المغصوب او في كونه ذكراً او انثى في دعوى الغصب كما سيأتي في المادة ١٧١٤ وما اذا اختلف الشهود في مقدار البدل في دعوى العقد كما سيأتي في المادة ١٧١٥ .

ومن الثاني وهو ما لا يوجب اختلافا في المشهود به مـا لو ادعى المديون ان الداين وهب منه الدين فشهد احدهما بالهبة والاخر بالابراء حيث

تقبل كما في الخانية وقدمناه لان اختلافهما هذا لا يوجب اختلافا في المشهود به وهو براءة ذمة المديون . ومن الاول ايضا ما اذا كان المشهود به فعلًا او قولا ملحقا بالفعل كالنكاح واختلف الشهود في زمانه او مكانه او في كونه انشاء واقراراً . ومن الثاني ما اذا اختلفا في الزمان او المكان وكان المشهود به قولا او فعلًا ملحقا بالقول كالقرض والى هذين الاشارة بقوله .

بناء عليه اذا شهد احد الشهود بالفعل في زمان معين وشهد الاخر بالفعل في زمان اخر او مكان اخر في الخصومات التي هي عبارة عن الفعل الصرف كالغصب وايفاء الدين فلا تقبل شهادتهما لان اختلافهما هذا يكون موجباً للاختلاف في المشهود به واما اختلاف الشهود في الزمان او المكان في الخصومات التي هي من قبيل القول كالبيع والشراء والاجارة والكفالة والحوالة والهبة والرهن والدين والقرض والابراء والوصية فلا يكون مانعاً لقبول شهادتهم لانه لا يكون موجباً للاختلاف في المشهود به مثلا اذا ادعى احد انه كان قد ادى دينه وشهد احد الشهود انه قد اداه في بيته وشهد الاخر بانه اداه في حانوته لا تقبل شهادتهما واما اذا ادعى احد المال الذي بيد الاخر بقوله كنت بعتني هذا المال بكذا دراهم فسلمني اياه وشهد احد الشهود بانه باعه اياه في الحانوت الفلاني وشهد الاخر بانه باعه اياه في الدار الفلانية تقبل شهادتهما لان الفعل لا يكرر ولا يعاد ولكن القول يمكن ان يكرر ويعاد لا سيما حيث تكون صورة الاخبار كصورة الانشاء كبعت واشتريت .

في البحر عن الكافي ما نصه : واذا اختلف الشاهدان في المكان

او الزمـان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصيـة والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف ، تقبـل وان اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح ، لا تقبل

والاصل ان المشهود به اذا كان قولاً كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في الزمان والمكان ، لا يمنع قبول الشهادة لان القول ممـا يعاد ويكرر . وان كان المشهود بـه فعلا كالغصب ونحوه او قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان او المكان ، يمنع القبول لان الفعل في زمـان او مكان ، غير الفعل في زمان او مكان آخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمـد اذا اختلف شاهدا القذف في مكان او زمان ، لا تقبل وان كان قولا لان كل واحد منهما ان كان انشاء فهو غير الاخر وليس على كل قذف شاهدان . وان كان احدهما انشاء والاخر اخباراً فهما لا يتفقـان لان الانشاء ان يقول زنيت او انت زان والاخبار ان يقول قذفتك بالزنا وابو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انه سمع احدهما الانشاء والاخر الاخبار فثبت عندهما قذفه فشهدا به اه .

ثم قال في البحر والحاصل كما في جامع الفصولين ان الاختلاف لا يخلو من وجوه ثلاثة اما في زمان او مكان او انشاء او اقرار . وكل منها لا يخلو من اربعة اوجه اما في الفعل او في القول او في فعـل ملحق بالقول او عكسه . اما في الفعل فيمنع قبول الشهادة في الوجوه الثلاثة واما في القول المحض كبيع ونحوه فلا يمنع مطلقاً وامـا في الفعل الملحق بالقول وهو القرض والرهن فلا يمنع واما عكسه كنكاح فيمنع اه .

ثم قـال في البحر ثم اعلم ان ظاهر اطلاقهم من ان الاختلاف في الزمان في الاقوال غير مانع ، شامل لما اذا تفاحش اولا — الا انهم يمثلونه بامس واليوم وهو ليس بمتفاحش . وفي القنية اقام شاهدين على الصلح فالجأهما القاضي الى بيان التاريخ فقال احدهما اظن انه كان منذ سبعـة اشهر او اقل او اكثر وقال الاخر اظن انه منذ ثلاث سنين او ازيد لا تقبل

لما اختلفا هذا الاختلاف الفاحش وان كانا لا يحتاجان الى بيان التاريخ اه.

وفي الفتح معزيا الى كافي الحاكم لو اختلفا في الوقت او المكان او الزمان بان شهد احدهما انه طلقها يوم النحر بمكة والاخر انه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة ، فهي باطلة لتيقن كذب احدهما . ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما من الايام قدر ما يسير الراكب من الكوفة الى مكة ، جازت شهادتهما . ولو شهد اثنان انه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والاخر انه طلق زينب يوم النحر بمكة ، فشهادتهما باطلة ولو جائت احدى البينتين فقضي بها ثم جائت الاخرى لم يلتفت اليها اه . وهذا ايضاً مقيد لقولهم ان الاختلاف في الزمان لا يضر في الاقوال فيقال الا اذا ذكرا مكانين متباعدين اه ما في البحر .

وفي الخانية ولا تبطل الشهادة باختلاف الشاهدين فيما بينهما في الايام والبلدان الا ان يقولا كنا مع الطالب في موضع واحد في يوم واحد فاذا اقرا بذلك ثم اختلفا في الايام والمواطن والبلدان فان ابا حنيفة رحمه الله تعالى قال اجيز الشهادة وعليهم ان يحفظوا الشهادة دون الوقت وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى الامر كما قال ابو حنيفة في القياس وانا استحسن وابطل هذه الشهادة بالتهمة الا ان يختلفا في الساعتين من يوم واحد يتفاوت فيجوز . ولو اختلفا في الثياب التي كانت على الطالب او المطلوب او المركب او قال احدهما كان معنا فلان وقال الاخر لم يكن معنا فلان ذكر في الاصل انه يجوز ولا تبطل الشهادة اه . وفي الحادي عشر من الفصولين سكت شاهد البيع عن بيان الوقت والمكان فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل شهادتهما لانهما لم يكلفا حفظ ذلك اه.

المادة ١٧١٤ — اذا اختلف الشهود في لون المال المغصوب او في كونه ذكراً او انثى فلا تقبل شهادتهم مثلاً اذا شهد احد الشهود في حق الدابة المغصوبة بكونها شهباء وشهد

الاخر بكونها سوداء او حمراء او شهد احدهما بكونها ذكراً وشهد الآخر بكونها انثى فلا تقبل شهادتهما .

اتفاقاً لان اختلاف الشاهدين فيما ذكر ، يوجب اختلافاً في المشهود به لان غصب الشهباء غير غصب السوداء والحمراء وكذا غصب الذكر غير غصب الانثى فلم يتم نصاب الشهادة على احدهما . وهذا في دعوى الغصب اما في دعوى السرقة الموجبة للقطع فالحكم كذلك لو اختلفا في الذكورة والانوثة بلا خلاف . اما لو اختلفا في اللون فعند ابي حنيفة تقبل . حتى يقطع بها السارق خلافاً لهما الا اذا عين مدعي السرقة لوناً فلا تقبل اتفاقاً لتكذيب المدعي احد شاهديه وتوجيه كل من قول الامام وقول الامامين مذكور في الهداية وشروحها والبحر وغيرها .

المادة ١٧١٥ - اذا اختلف الشهود في مقدار البدل في دعوى العقد لا تقبل شهادتهم مثلاً اذا شهد احدهما بان المال بيع بخمسماية والاخر انه بيع بثلاثماية لا تقبل شهادتهما .

قيل هذا التمثيل غير ظاهر ، لان علة عدم القبول فيه هي اختلاف الشاهدين فيه لفظاً ومعنى كما تقدم فكان ينبغي التمثيل بما اذا شهد احدهما انه بيع بالف والاخر بالف وماية ويجاب بان كون عدم القبول في المثال المذكور معللاً بما ذكر ، لا ينافي ان له علة اخرى وهي اختلاف الشهود في مقدار البدل لان العلل لا تتزاحم وفي الفتح عن الجامع رجل يدعي على رجل انه باعه هـذا العبد بالف وخمساية فينكر البايع البيع فيقيم عليه شاهداً بالف وشاهداً بالف وخمساية فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد وهو يختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على واحد ولا تناقض بين هذا وبين ما اذا شهد احدهما بالف

والاخر بالف وخمساية والمدعي يــدعي بالف وخمساية حيث يقضى بالالف بالاتفاق كما تقدم ، لان ذاك فيما اذا ادعى ديناً فقط والمقصود هنا دعوى العقد لان المدعي يدعي البيع والمدعى عليه ينكره والبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن من اركانه . والمركب الذي بعض اجزائه مقدار خاص ، غير مثله بمقدار اكثر منه ولم يتم على احدهما نصاب الشهادة فلا يثبت البيع اصلاً اه ملخصاً .

ولا فرق بين ان يكون المدعي هو البايع او المشتري كما في الهداية قال فيها ومثل البيع عقد الكتابة يعني لو ادعى انه كاتبه على الف فشهد احدهما كذلك والاخر على الف وخمساية لا تقبل لان المقصود هو العقد فان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب ومثله الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ، اذا كان المدعي هو المرأة او العبد او القاتل ، لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه امــا اذا كانت الدعوى من الجانب الاخر وهو الزوج والمولى وولي القتيل فهو بمنزلة دعوى الدين فيما تقدم من الوجوه وهو انه اذا ادعى اكثر المالين فشهد به شاهد والاخر بالاقل فان كان الاكثر بعطف مثل الف وخمساية قضي بالاقل اتفاقاً وان كان بدونه كالف والفين ، فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا يقضى بشيء. وهــذا لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقيت الدعوى في الدين .

واما الرهن فان كان المدعي هو الراهن بان ادعى على اخر انه رهنه على الف وخمساية فشهد احدهما كذلك وشهد الاخر على الف ، فلا تقبل هذه البينة اصلاً لعدم صحة هذه الدعوى لان الراهن لاحظ له في الرهن اي لا يقدر على استرداده ما دام الدين قايما فلا فايدة لهذه الدعوى فلم تصح وان . كان المدعي هو المرتهن فان دعواه هكذا : اطالبــه بالف وخمساية لي عليه رهن له عندي - فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه - بخلاف دين الثمن في البيــع

وحينئذ تقبل على الاقل وان كانت دعواه هكذا : اطالبه باعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه او سرقه مثلاً فلا شك ان هذه دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في انه رهنه بالف او الف وخمسماية يوجب ان لا يقضى بشيء لان عقد الرهن يختلف به : واما عقد الاجارة فان كان في اول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستأجر والآجر انه آجره هذه الدار سنة بالف وخمسماية فشهد واحد كذلك وآخر بالف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق البدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الاجارة ، وان كان بعد مضيها سواء استوفى المنفعة او لم يستوفها بعد ان سلم فان كان المدعي هو الموجر فهو دعوى الاجرة فان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية وهو يدعي الاكثر يقضى بالف اذ ليس المقصود بعد مضي المدة الا الاجرة . وان شهد الاخر بالفين والمدعي يدعيها ، لا يقضى بشيء عنده وعندهما بالف وان كان المدعي هو المستأجر فهو دعوى العقد فلا يثبت بهذه الشهادة للاختلاف المذكور لكن يقضى على المستأجر بما اعترف به من مال الاجارة .

واما في النكاح بان ادعت انه تزوجها على الف وخمسماية فشهد احدهما كذلك والاخر على الف فانها تقبل عند ابي حنيفة استحسانا وقالا هي اي الشهادة باطلة في النكاح ايضاً لهما ان هذا الاختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب .فاشبه البيع . ولابي حنيفة رحمه تعالى ان المال في النكاح تابت والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت . ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوى دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح اه . ملخصاً من الهداية .

وفي البحر اطلقه فشمل ما اذا ادعت اقل المالين واكثرهما وهو الصحيح وشمل ما اذا كان المدعي الزوج او المرأة وهو الاصح اه — لكن قال في فتح القدير وهذا مخالف للرواية فان محمد رحمه الله تعالى في الجامع قيده

بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بالف وهي تدعي الفاً وخمساية. والمفهوم معتبر رواية وبقوله ذلك ايضاً يستفاد لزوم التفصيل في المدعى به بين كونه الاكثر فيصح عنده او الاقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهد الاكثر كما عول عليه محققوا المشايخ فان قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تقييد جواب قول ابي حنيفة بالجواز اذا كانت هي المدعية للاكثر دونه فان الواو فيه للحال والاحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين الف اه .

قال في الشرنبلالية قلت الا ان الزيلعي رحمه الله تعالى اشار الى جواب هذا فقال ويستوى فيه دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح لاتفاقهما في الاصل وهو العقد فالاختلاف في التبع لا يوجب خللاً فيه لكنه لا بد من وجوب المال فيجب الاقل لاتفاقهما عليه ولا يكون بدعوى الاقل تكذيباً للشاهد لجواز ان الاقل هو المسمى ثم صار الاكثر بالزيادة اه .

اقول بقي شيء لم ار من نبه عليه وهو انه هل الحكم كذلك يعني انه يقضى بالاقل لو شهد احدهما بالنكاح على الف والاخر على الفين او ترد هذه الشهادة لان اختلاف الشاهدين في الالف لا الالفين يمنع من قبول الشهادة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لعدم اتفاق الشاهدين لفظاً كما تقدم . والظاهر الاول لما تقدم من ان المال في النكاح تابع ولا اختلاف فيما هو الاصل ولهذا يقضى بالاقل ، وان كانت الزوجة تدعي الاقل مع انها مكذبة لشاهد الاكثر هذا ما ظهر لي وليحرر .

## فروع

شهد احدهما انه اقر انه غصب من فلان هذا العبد والاخر انه اقر انه اخذه منه ، يقضى به للمدعي ويجعل المدعى عليه على حجته لان اقراره بالاخذ ليس اقراراً بالملك . ولو شهد احدهما انه اقر انه اخذه

منه والاخر انه اقر بانه له ، لم يقض للمشهود له بشيء . ولو شهد انه اقر انه غصبه منه والاخرانه اقر بان المدعي اودعه اياه تقبل . ولو قال للدعي والمسئلة بحالها اقر بما قالا لكنه غصبه مني تقبل ويجعل ذو اليد مقراً بالكية الثوب للمدعي فلا تقبل بينة المدعى عليه على الثوب بعده . اما في شهادة احدهما على اقراره بالاخذ والاخر على اقراره بالايداع اذا قال المدعي انما اودعته منه فانها لا تقبل لعدم اجتماعها على الاقرار بالملك ولا باخذ لان شاهد الوديعة لم يشهد بالاخذ . شهد انه اقر بانه اشترى هذا العين من المدعي والاخر على اقراره بايداعه المدعي اياه ، قضي للمدعي ولو كان الشاهد الثاني شهد بانه اقر بان المدعي دفع اليه هذا العين قضي به للمدعي ايضاً — لكن لو برهن ذو اليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل الا ترى ان رجلا لو قال دفع الي فلان هذا العين ثم برهن على انه اشتراه منه تقبل الكل من فتح القدير .

وفي الهندية ادعى المستاجر انه تكارى دابة الى بغداد بعشرة ليركبها ويحمل عليها واقام شاهدين شهد احدهما انه تكاراها ليركبها بعشرة وشهد الاخر انه تكاراها ويحمل عليها هذا المتاع المعروف بعشرة ، فالشهادة باطلة ولو شهد انه تكارى دابة بعينها باجر مسمى الى بغداد وشهد الاخر انه تكاراها ليحمل عليها حمولة معروفة الى بغداد بعشرة دراهم لا تقبل سواء ادعاها المستاجر او رب الدابة . وكذلك اذا شهد احدهما انه تكاراها ليركبها وشهد الاخر انه تكاراها ليحمل عليها . لو ادعى انه سلم الثوب الى صباغ وجحد الصباغ فشهد احد الشاهدين انه دفعه اليه ليصبغه احمر وشهد انه دفعه اليه ليصبغه اسود او اصفر ، لا تقبل هذه الشهادة وكذلك ان جحد رب الثوب وادعاه الصباغ — اذا شهد رجلان على رجل انه كفل بالف درهم لفلان عن فلان فقال احدهما الى شهر كذا وقال الاخر حالة وادعى الطالب الحلول وجحد الكفيل ذلك كله ، او اقر بالكفالة وادعى الاجل فالمال حال في الوجهين واذا اقام شاهداً واحداً ان فلانا احاله على هذا بالف درهم واقام شاهداً اخر انه احاله بمائة دينار

لا تقبل شهادتهما على الالف اذا كان المدعي يدعي الدراهم والدنانير جملة - اما اذا كان يدعي الدراهم وحدها لا تقبل الشهادة . لو ادعى الكفالة وشهد احدهما على الكفالة والاخر على الحوالة تقبل الكفالة ويحكم بها لانها اقل قال في جامع الفصولين وهذان اللفظان جعلا كلفظة واحدة الا يرى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ كفالة اهـ .

شهد احد الشاهدين بهذا اللفظ : اشهد ان فلانا قال ان لم يعط فلان مال فلان هذا لستة اشهر فانا ضامن اني اعطي هذا المال وشهد الاخر بهذا : اشهد ان فلانا قال ضمنت هذا المال لفلان ابن فلان هذا لستة اشهر ، لا تقبل الشهادة . لو شهد احد شاهدي الوكالة انه وكله بالخصومة فيها وفي شيء اخر جازت الشهادة في الدار التي اجتمعا عليها ولو شهد احدهما انه وكله بطلاق فلانة وحدها وشهد الاخر انه وكله بطلاقها وطلاق فلانة الاخرى فهو وكيله في طلاق التي اجتمعا عليها .

ومن جنس هذا صارت واقعة الفتوى وصورتها ادعى الوكالة في شيء معين او في خصومة معينة واقام شاهدين شهد احدهما انه وكله بالخصومة مع فلان في هذا الشيء المعين وشهد الاخر انه وكله وكيلاً مطلقاً عاماً في سائر التصرفات قال في الفصول العمادية ينبغي ان تثبت الوكالة المعينة . اذا ادعى الملك المطلق وشهد احد الشاهدين بسبب والاخر مطلقاً تقبل ويقضى بالملك الحادث . وان ادعى بسبب وشهد احدهما به والاخر مطلقاً ، لا تقبل . ولو شهد احدهما على الملك المؤرخ والاخر على الملك المطلق ان ادعى المدعي الملك المؤرخ لا تقبل شهادتهما وان ادعى الملك المطلق تقبل ويقضى بملك مؤرخ .

# الفصل السادس

## في تزكية الشهود

المادة ١٧١٦ — اذا شهد الشهود سئل الحاكم المشهود عليه بقوله ما تقول في شهادة هذين اهما صادقان ام لا فان قال المشهود عليه هما عدلان او صادقان في شهادتهما هذه يكون قد اقر بالمدعى به ويحكم باقراره وان قال هما شاهدا زور او هما عدلان ولكن اخطآ في هذه الشهادة او نسيا الواقعة او قال هما عدلان وانكر المدعى به لا يحكم الحاكم ويحقق عدالة الشهود وعدمها بالتزكية سراً وعلناً .

حاصل هذه المادة ان قول المشهود عليه بعد ان شهد عليه الشاهدان انهما صادقان في هذه الشهادة او هما عدلان اقرار بالمدعى بـه للمدعي فينقطع النزاع ويقضى عليه باقراره فلا حاجة الى التحقيق عن عدالة الشهود قال في التكملة معزيا لشرح ادب القاضي لو قال عدول فيما شهدوا بـه علي يكون مقراً بالمدعى به اه .

ومثله ما اذا قال هم عدول صدقة كما في العناية اما اذا قالا هما شاهدا زور ونحوه ، فلا يحكم عليه الحاكم ما لم يحقق عدالة الشهود سراً وعلناً لطعن المشهود عليه في عدالتهما وكذلك الحكم لو قال هما عدلان ولكن اخطآ في هذه الشهادة او نسيا الواقعة او قال هما عدلان ولم يزد عليه الا انه بقي مصراً على جحود المدعى به لان قوله هذا وان كان فيه تعديل للشهود الا ان في زعم المدعي وشهوده انه ظالم كاذب في

الجحود مبطل في الاصرار عليه . وتزكية الكاذب لا تصح لاتفاقهم على اشتراط عدالة المزكي . ولا فرق في هذا بين ان يكون المشهود عليه عدلا يصلح للتعديل في نفس الامر اولا هذا هو ظاهر الرواية عن الامام رحمه الله تعالى كما في الهداية وشروحها وعليه المتون كالكنز والملتقى والغرر والوقاية والقدوري حيث اتفقت على انه لا يصح تعديل الخصم يعني المشهود عليه مطلقاً اي وان كان عدلا واتفقت الشراح على التعليل بما سبق .

واعلم ان تقييد عدم قبول التعديل من المشهود عليه في صورة ما اذا قال هما عدلان ولم يزد عليه ، بما اذا كان منكراً كما تراه في هذه المادة ، يشير الى انه لو لم يكن منكراً بان كان ساكتاً عند جواب المدعى عليه وبعد ان شهد عليه الشهود ان القاضي يقبل تعديله للشهود ويحكم عليه بلا تحقيق عن عدالتهم وقد صرح بهذا في التكملة معزيا لمنية المفتي فقال المشهود عليه اذا كان ساكتاً غير جاحد للحق فقال هم عدول لكن اخطئوا او نسوا ففي صحة التعديل روايتان اهـ ويشير الى هذا ايضاً تعليل الشراح المتقدم فانه لو لم يكن منكراً لا يصح ان يزعم المدعي وشهوده انه كاذب في انكاره حيث لم يصدر منه انكار لكن لا بد حينئذ من ان يكون المشهود عليه عدلا يصلح للتزكية لما علمت من ان اشتراط العدالة في المزكي متفق عليه .

ثم ان الاكتفاء بتعديل المشهود عليه اذا كان عدلا انما يتمشى على قولهما انه يكفي للتزكية عدل واحد . وما على قول محمد فلا بد من ضم مزك اخر عدل لاشتراط العدد في التزكية عنده كما سيأتي التصريح به . ومقابل ظاهر الرواية المذكور في هـذه المادة قول الصاحبين ان تعديل الخصم المشهود عليه يصح اذا كان عدلا صالحا للتعديل سواء اقتصر على قوله هم عدول او زاد عليه قوله لكنهم اخطأوا في هذه الشهادة او نسوا لكن عند محمد رحمه الله تعالى لا بد من ضم آخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد عنده وابو يوسف يجوزه كذا في الزيلعي والفتح والبحر

وغيرها وهذا ما مشى عليه في التنوير تبعا للبزازية . قال في الخانية وفي بعض الروايات عن محمد فيما اذا قال هم عدول ولم يزد عليه ان القاضي يقول للخصم ماذا تقول اصدقوا في هذه الشهادة ام كذبوا ان قال صدقوا فقد اقر بما ادعى به المدعي وان قال كذبوا لا يقضى يعني ما لم يعدل الشهود وكذا اذا لم يصح تعديله لكونه فاسقا او مستوراً يسئل القاضي الخصم اصدق الشهود ام كذبوا الخ ، وهناك ايضا روايات اخرى وتفصيلات مذكور فيها .

وقد علمت ما هو ظاهر الرواية الذي مشت عليه المجلة تبعا للمتون المعتبرة . وذكر في الخانية اذا شهدا عليه فقال الذي شهد به فلان علي حق او هو الحق الزمه القاضي باقراره وان قال ذلك قبل ان يشهدا عليه بان قال الذي يشهد به فلان علي حق او هو الحق فلما شهدا عليه قال للقاضي سل عنهما فانهما شهدا علي بباطل وما كنت اظن انهما يشهدان علي بما شهدا به يسئل القاضي عنهما فان عدلا امضى شهادتهما والا لا ، لان قوله الذي يشهد به فلان علي ليس باقرار في الحال وانما يكون اقرارا بعد الشهادة فيكون هذا بمنزلة تعليق الاقرار بالشرط والاقرار لا يحتمل التعليق اه .

المادة ١٧١٧ - تزكي الشهود سراً وعلناً من الجانب الذي ينسبون اليه يعني ان كانوا من طلبة العلم يزكون من مدرس المدرسة ومن اهلها المعتمدة وان كانوا من العسكرية فمن ضابط الطابور وكاتبه وان كانوا من الكتبة فمن ضابط قلمهم وان كانوا من التجار فمن معتبري التجار وان كانوا من الاصناف فمن كتخدائهم ولجنتهم وان كانوا من سائر الصنوف فمن متعمدي واهالي محلتهم او قريتهم ومؤتمنيهم .

اطلاق هذه المادة ظاهر في اختيار قول الصاحبين وهو وجوب التزكية

سواء طعن المشهود عليه في عدالة الشهود او لم يطعن وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى ان القاضي يكتفي بظاهر العدالة في المسلم ولا يسئل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم في عدالتهم لان الظاهر من حال المسلم الانزجار عما هو محرم في دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع قال في الهداية وهو اختلاف عصر وزمان . والفتوى على قولها في هذا الزمان لان الغالب في زمان ابي حنيفة الصلاح - بخلاف زمانهما وهذا اذا كان المشهود به من الحقوق التي تثبت بالشبهات فوجوب السؤال وان لم يطعن المشهود عليه متفق عليه لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيه دارئة ومحل الخلاف ايضاً ما اذا جهل القاضي بحالهم كما في البحر نقله عن الدر عن البحر واقره وعبارة البحر ومحل السؤال على قولها ، عند جهل القاضي بحالهم ولذا قال في الملتقط القاضي اذا عرف الشهود بجرح او عدالة لا يسئل عنهم اه . وهو ظاهر في انه لو عرفهم بجرح يردهم بلا سؤال وان عرفهم بالعدالة يقبلهم كذلك ثم انه قوله هنا يزكي من الجانب الذي ينسبون اليه الى اخر الفقرة ، ينبغي تقييده بما اذا كان المسؤل من هؤلاء ممن يثق القاضي بعدالته وقد يشير الى هذا قوله من من اهلها المعتمدة . وقوله فمن معتبري التجار والا سئل من غيره ممن يثق به لما في البحر وينبغي للقاضي ان يختار في المسئلة عن الشهود من هو اخبر باحوال الناس واكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بمعني المسؤل بما لا يكون جرحا وما يكون جرحا غير طماع ولا فقير كي لا يخدع بالمال فان لم يكن في جيرانه ولا اهل سوقه من يثق به سال اهل محلته وان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار اه معزيا للزيلعي .

وزاد في الهندية عن المحيط ما لفظه : وان وجد عالما فقيراً وغنيا ثقة غير عالم او عالما ثقة لا يخالط الناس وثقة غير عالم يخالط الناس اختار العالم والاولى ان لا يكون المزكي مغفلا ولا يكون منزويا عن الناس لا يخالطهم اه . ولا بد من تقييد العالم في المسئلة الاولى بكونه ثقة كما يدل عليه ما بعده . وانما اختير العالم بعد ان يكون ثقة لانه يعلم ما يحل

له به الاقدام على التزكية وما لا يحل قال في البحر قال محمد كم من رجل اقبل شهادته ولا اقبـل تعديله يعني ان الشهادة على الظواهر ولا كذلك التعديل كذا في الملتقط فيشترط لجواز التزكية شروط الاول ان تكون الشهادة عند قاض عدل عالم الثاني ان تعرفـه وتختبره بشركة او معاملة او سفر . الثالث ان تعرف انه ملازم للجماعة . الرابع ان يكون معروفاً بصحة المعاملة في الدينـار والدرهم . الخامس ان يكون مؤدياً للامانة . السادس ان يكون صدوق اللسان . السابع اجتنـاب الكبائر الثامن ان تعلم منه اجتناب الاصرار على الصغائر وما يخل بالمروءة والكل في شرح ادب القضاء للخصاف فاذا لم يتحقق المزكي وجود هذه الصفات في الشاهد المسئول عن عدالته لا يجوز له ان يزكيه وقد علمنا من اكثر قضاة زماننا انهم لا يتحرون للتزكيـة عدولاً يوثق بتعديلهم فيرسلون الورقة المستورة غالبا الى مختار محلة الشهود ومنتخبيها وهم قوم جهلة ان لم يخدعوا بالرشوة من المدعي على ما هو الغالب او بالحياء او الخوف منه او من شهوده فلا علم لهم بالشروط التي تسوغ لهم التزكية وهي المذكورة آنفاً ولهذا قل بل ندر انهم يجرحون شاهداً حتى كثرت لذلك شـهادة الزور والعياذ بالله تعالى مع انه نقـل في البحر وغيره عن الملتقط عن غسان ابن محمد المروزي انه قال قدمت الكوفة قاضياً عليهـا فوجدت فيها مائة وعشرين عدلاً لبست اسرارهم فرددتهم الى ستة ثم اسقطت اربعة فلما رأيت ذلك استعفيت واعتزلت اه هذا في زمانه فكيف في زماننا ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم نعم قد قيل لو استقصى القاضي مثل ذلك لضاق الامر ولا يوجد مؤمن بغـير عيب لكن ما لا يدرك كله لا يترك كله .

عفاء على هـذا الزمان فانه ... زمان عقوق لا زمان حقوق

المادة ١٧١٨ — التزكية في السر تجري بورقة يعبر عنها

بالمستورة في اصطلاح الفقهاء بان يكتب الحاكم في تلك الورقة اسم المدعي والمدعى عليه والمدعى به واسماء الشهود وشهرتهم وصنعتهم واشكالهم ومحالهم واسماء ابائهم واجدادهم او ان يحور اسمائهم وشهرتهم ان كانوا مشهورين وان يعرفهم ويبينهم بوجه يتميزون به عن غيرهم وبعد وضعها في ظرف وختم فمها يرسلها الى الذين انتخبوا مزكين ثم عند ورودها يفتحها المزكون ويقرأونها فان كان الشهود المحررة اسماؤهم فيها عدولا كتبوا تحت اسم كل منهم عدل ومقبول الشهادة .

وقيل يكفي ان يقول هو عدل قال في البحر واختار السرخسي انه لا يكتفي بقوله عدل لان المحدود في قذف بعد التوبة عدل غير جايز الشهادة وكذا الاب اذا شهد لابنه فلا بد من زيادة جايز الشهادة كما في الظهيرية وينبغي ترجيحه اه . وفي الهندية ينبغي للمزكي ان يعدله قطعاً ولا يقول انهم عدول عندي لان الثقاة اخبروني بعدالتهم . ولو قال لا اعلم منهم الا خيراً فالاصح انه تعديل ولو قال هم فيما علمناهم عدول الاصح انه ليس بتعديل اه . وفيها عن المحيط ان عرف المزكي الشهود بالعدالة غير انه علم ان دعوى المدعي باطلة او ان الشهود اوهموا في بعض الشهادة ينبغي ان يبين للقاضي ما صح عنده من عدالة الشهود وايهامهم في بعض الشهادة او بطلان دعوى المدعي ثم القاضي يتفحص عما اخبره المزكي غاية التفحص فان تبين له حقيقة ما اخبر به المزكي رد شهادة الشهود وان لم يتبين له قبل اه .

وفي البحر اطلق في السؤال عن الشهود فشمل المسلم وغيره فيسئل عن النصراني اذا شهد على مثله وتزكية الذمي ان يزكيه بالامانة في دينه ولسانه ويده وانه صاحب يقظة اه . ونقل بعد هذا عن المحيط والاختيار

ان القاضي يسئل عن الشهود اهل الذمة عدول المسلمين والا فيسئل عنهم عدول اهل الذمة اه .

وفيه عن الملتقط نصراني عدل ثم اسلم تقبل شهادته واذا سكر الذمي لا تقبل شهادته اه . شمل السؤال عن الشاهد اذا شهد حين بلغ وهو ظاهر الخانيه . وفي الملتقط صبي احتلم لا اقبل شهادته ما لم اسئل عنه ولا بد ان يتأنى بعد البلوغ بقدر ما يقع في قلوب اهل مسجده ومحلته كما في الغريب انه صالح او غير صالح اه . وفرق بينهما كما في الظهيرية بان النصراني كان له شهادة مقبولة قبل اسلامه - بخلاف الصبي وهذا يدل على ان الاصل عدم العدالة اه . ما في البحر وفيه ان القاضي يسئل في الشهادة على الشهادة عن الشاهد الاصلي والفرعي فيسئل المزكي عن الكل وعن محمد يسئل عن الاولين فان زكيا يسئل عن الآخرين اه .

وان لم يكونوا عدولا كتبوا ليسوا بعدول وامضوا بدون ان يوقفوا على مضمونها احداً وختموا فوق الظرف واعادوها الى الحاكم .

مع امينه الذي ارسل معه المستورة . وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع المزكي او يقصد بالاذى فتح والمراد ان يكتبوا ما يفيد الجرح صريحاً او دلالة كما يأتي التصريح به في المادة الآتية :

المادة ١٧١٩ - اذا اعيدت المستورة مختومة الى الحاكم ولم يكتب فيها من قبل المزكين في حق الشهود انهم عدول ومقبولوا الشهادة بل كتبوا فيها كلاماً يفيد الجرح صراحة او دلالة بان

كتبوا فيها ليسوا بعدول او لم نعلم بحالهم وهم مجهولوا الاحوال او الله اعلم ولم يكتبوا شيئاً فحينئذ لا يقبل الحاكم شهادتهم

وان زكاهم بعد ذلك غيرهم لان الجرح مقدم على التعديل كما سيأتي نعم ذكر في الهندية معزيا لشرح ادب القاضي والخانية والظهيرية وغيرها ، انه لو قال المدعي بعد الجرح المذكور انا اتى بمن يعد لهم من اهل الثقة والامانة او قال اسمي لك اقواماً من اهل الثقة فاسئل عنهم بذلك فسمى له قوماً يصلحون للمسئلة فان القاضي يسمع قوله فان جاء بقوم وعدلوا او سئل اولئك فعدلوا ينبغي للقاضي ان يسأل اولئك الذين طعنوا فيهم بما تطعنون فيهم ، لانهم يجوز ان يكونوا جرحوهم بشيء يكون جرحا عندهم ولا يكون ذلك جرحا عند القاضي وعند المعدلين فبعد ذلك المسئلة على وجهين - اما يبينوا كذلك او يبينوا بما يكون جرحا عند الكل ففي الوجه الاول لا يلتفت الى ذلك ويأخذ بقول الذين عدلوا وفي الوجه الثاني الجرح اولى .

وكذا لو عدل المزكي الشهود وطعن المشهود عليه وقال للقاضي سل عنهم فلانا وفلانا وسمى قوماً يصلحون للمسئلة عن الشهود فان القاضي يسئل منهم فان جرحوا وبينوا جرحا صالحا كان الجرح اولى اه .

اقول الظاهر ان بيان الجرح اذا كان مجرداً يلزم ان يكون سراً لئلا يفسق الجارح باشاعة الفاحشة كما سيأتي تحقيقه في شرح المادة ١٧٢٤ وفي البحر واذا جرح الجارح الشهود يقول القاضي للمدعي زدني شهوداً او يقول لم يحمد شهودك اه . والظاهر ان تقييد المزكين عدم العلم بحالهم في قولهم لم نعلم بحالهم ، انهم لو قالوا لا نعلم اشخاصهم او ذواتهم لا يكون ذلك جرحا كما لا يكون تعديلا وليراجع . وافادت المادة ان سكوت المزكين وعدم كتابتهم شيئا يكون جرحا وهو الذي نقله في البحر عن غاية البيان ونصه فمن عرف الشاهد بالعدالة كتب تحت اسمه

هو عدل جائز الشهادة ومن لم يعرفه بشيء كتب هو مستور ومن عرفه بالفسق لم يصرح بل يسكت احترازاً عن هتك السر او يكتب الله اعلم به الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك اه - لكن ذكر في البحر ايضا بعد صفحة ما نصه : ويكتفي بالسكوت من اهل العلم والصلاح فيكون سكوته تزكية للشاهد لما في الملتقط وكان الليث بن مساور قاضيا فاحتاج الى تعديل شاهد وكان المزكي مريضا فعاده القاضي وساله عن الشاهد فسكت المعدل ثم ساله فسكت فقال اسئلك ولا تجيبني فقال المعدل اما يكفيك من مثلي السكوت اه . قال محشيه العلامة ابن عابدين هذا مخالف لما قدمه عن غاية البيان . ثم رأيت بخط ثقة معزيا الى المقدسي بعد ما ذكر ما في الملتقط قال ابو نصر كان سكوته طعنا في الشهادة اه .

اقول وهو الذي يقتضيه الفقه لان العالم الصالح انما يسكت عند الجرح تحرزاً عن هتك الستر واما عند التزكية فلا مانع يمنعه من التصريح بها ولذلك اعتمدت المجلة ما في غاية البيان ثم رأيت الشارح اللبناني نقل في شرح المادة ١٧٣٠ عن الهندية معزيا للمحيط اذا سئل المزكي عن حال الشاهد فسكت فهو جرح اه .

وان كان كتب فيها عدول ومقبولوا الشهادة يبتدر الحاكم في المرتبة الثانية الى التزكية علناً

قال في البحر لا بد من تقديم تزكية السر على العلانية لما في الملتقط عن ابي يوسف لا اقبل تزكية العلانية حتى يزكى في السر اه ، فقول الشارح اللبناني ينبغي ان تكون التزكية السرية الخ مما لا ينبغي لا سيما وقد علمت ما في البحر .

المادة ١٧٢٠ - التزكية علناً تجري بالوجه الآتي وهو ان

هـ — ج
يجلب المزكون الى حضور الحاكم حال كون المترافعين حاضرين
وتزكى الشهود او يرسل الشهود والمترافعان مع نائب التزكية
الى محل المزكين وتزكي الشهود علناً

نقل في حاشية الشلبي عن الخلاصية ما نصه : شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر اما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية اه .

وقال في العناية والثانية يعني تزكية العلانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة اه . وعبارة الكفاية : ويقول القاضي للمعدل اهذا الذي عدلته ، او يقول للمزكي بحضرة الشهود اهؤلاء عدول مقبولوا الشهادة اه .

وفي الفتح والزيلعي والخانية وغيرها نظير هذا وظاهر وجوب كون المعدل في السر هو المعدل في العلانية لكن عبارة البحر عازيا للبزازية ولو زكى من في السر علنا يجوز عندنا والخصاف شرط تغايرهما اه وهذا صريح في الجواز وعدم الوجوب عندنا بل نقل العلامة ابن عابدين في حاشيته عليه عن شرح الوهبانية لابن الشحنة ما نصه : ولا بد من المغايرة بين شهود السر والعلانية اه وعليه فالاحوط الجمع بين الامرين فيزكيهم اولاً علنا ممن زكاهم في السر لتنتفي شبهة تزكية الغير كما هو المذكور في اكثر معتبرات المذهب ثم ممن يصلح لتزكية ، عملاً بما قاله الخصاف وجزم به ابن الشحنة وقد رأينا القضاة اليوم يطلبون التزكية العلنية ممن يكون حاضراً لديهم في المحكمة سواء كانوا اهلاً للتزكية اولا عارفين باحوال من يزكونه اولا فيزكي اولئك الجهلة الشهود على علاتهم ويعدون ذلك قربة كتزكية الميت ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم . وفي الهندية عن الذخيرة عن نوادر ابن سماعة قلت لمحمد ايأمر

القاضي المشهود له ان ياتي بمن يعدل شهوده قال لا اه .

المادة ١٧٢١ — ينبغي ان يكون المزكي في التزكية السرية اثنين رعاية للاحتياط وان كان مزك واحد كافياً فيها

وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز الا اثنان لانهما في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تنبني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كالعدالة وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء. واشتراط العدد في الشهادة امر تعبدي في الشهادة فلا يتعداها . ومحل الاختلاف ما اذا لم يرض الخصم بتزكية واحد فان رضي بتزكية واحد فزكى جاز اجماعاً بحر عن الولوالجية .

واطلق في الواحد فشمل العبد والمرأة والاعمى والمحدود بالقذف ، اذا تاب والصبي واحد الزوجين للاخر والوالد لولده وعكسه والعبد لمولاه وعكسه كما في البحر وغيره . وعبارة الكنز وغيره من المتون والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجمة والمراد بالرسالة والترجمة ، رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشهود وكل ذلك على الخلاف الذي ذكرنا والمعنى ما بينا من الجانبين والاحوط في الكل اثنان زيلعي . ثم قال وهذا الذي ذكرناه كله في تزكية السر واما في تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان فيها معنى الشهادة اظهر فانها تختص في مجلس القضاء اه . وقد صرحت بهذا المادة الآتية .

المادة ١٧٢٢ — التزكية العلانية من قبيل الشهادة وتعتبر فيها شروط الشهادة ونصابها ولكن لا يلزم على المزكين ذكر

لفظ الشهـادة .

قال في الخانية اجمعوا على ان ما يشترط في الشاهد من العدالة والبلوغ والحرية والبصر ، يشترط ذلك في المزكي في تزكية العلانية فلا يصح تعديل الاعمى والصبي والعبد والفاسق اه وتقدم نظير هذا آنفاً عن الزيلعي .

﴿ تنبيـه ﴾

نقل العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر عن شرح ابن الشحنة على الوهبانية ان شاهدي تعديل العلانية لا تشترط تزكيتهما ظاهراً بعـد سؤال القاضي سراً ممن يثق به من امنائه واخباره بعد التهم اه . اقول يعني انه يكتفي بما ظهر له من عدالتهم باخبار امينه الثقة لحصول المقصود والا لاحتيج الى مزك آخر في الثاني والثالث والرابع وهو امر يؤدي الى التسلسل كما افاده في العناية والكفاية .

المادة ١٧٢٣ — لا يشتغل الحاكم بتزكية الشهود الثابتة عدالتهم في ضمن خصوص عنده اذا شهدوا بخصوص آخر في حضور ذلك الحاكم ان لم يمض عليها ستة اشهر وان كان مضى عليها ستة اشهر زكاهم الحاكم مرة اخـرى .

عبارة الهندية عن المحيط السرخسي لو ثبتت عدالة الشهود عند القاضي وقضى بشهادتهم ثم شهدوا عند القاضي في حادثة اخرى اذا كان العهـد قريباً لا يشتغل بتعديلهم وان كان بعيداً يشتغل به . واختلفوا في الحد الفاصل بينهما والصحيح فيه قولان احدهما انه مقدر بستة اشهر والثاني انه مفوض الى رأي القاضي اه .

وقد اعتمدت المجلة على تصحيح الاول ونعم ما فعلت . وقوله ثم شهدوا عند القاضي يعني القاضي الذي ثبتت عنده عدالتهم كما هو صريح الخانية وهو يفيد انهم لو شهدوا عند قاض آخر لا يكتفي بما ثبت من عدالتهم عند الاول وهو مفاد هذه المادة ايضاً كما ترى . هذا وذكر في الغرر والدرر اواخر كتاب القبول وعدمه . ان من رد القاضي شهادته في حادثة فليس لقاض آخر قبوله فيها لان الظاهر ان رد الاول بوجه شرعي فلا يجوز مخالفة الثاني اه اه .

اقول قول الدرر فليس لقاض اخر قبوله فيها ربما يفيد ان له قبولها في حادثة اخرى وفيه تامل لا سيما اذا كان الرد لعلة فسق فان الفاسق لا تقبل شهادته في اي حادثة كانت وقد قدمنا في شرح المادة ١٦٨٧ قبيل الفصل الثاني في كيفية اداء الشهادة عن البحر معزيا للخلاصة : متى ردت شهادة الشاهد لعلة ثم زالت العلة فشهد في تلك الحادثة لا تقبل الا في اربعة العبد والكافر على المسلم والاعمى والصبي اذا شهدوا فردت ثم زال المانع فشهدوا في تلك الحادثة فانها لا تقبل اه . وتمامه هناك .

المادة ١٧٢٤ — اذا طعن المشهود عليه قبل التزكية او بعدها بالشهود باسناد شيء مانع لقبول الشهادة كدفع مغرم او جر مغنم طلب الحاكم منه البينة على ذلك فاذا اثبت المشهود عليه هذا بالبينة رد الحاكم شهادة اولئك الشهود وان لم يثبت زكاهم ان كان لم يزكهم وحكم بموجب شهادتهم ان كان قد زكاهم .

وعند عجز المشهود عليه عن اثبات ما ادعاه من الطعن لا يحلف المدعي ولا الشاهد على ما ذكره صاحب البحر فانه نقل عن البزازية : طعن

المدعى عليه في الشاهد بانه كان ادعاها لنفسه ورام تحليفه لا يحلف وان برهن تقبل اه . ثم قال فعلى هذا كل طعن يقبل البرهان عليه لا تحليف عليه عند عدم البرهان لا على الشاهد ولا على المدعي . وهل يقبل اقرار الشاهد به ويصير كالبرهان لم اره وينبغي القبول ولذا قال الزيلعي لو برهن على اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق تقبل اه .

اقول سيأتي في التنبيه الثاني من هذه القولة عن البحر ايضاً ان فسق الشاهد يثبت بالبينة او اقرار او نكول فيما اذا ادعى اجنبي انه دفع له كذا لئلا يشهد على فلان . والظاهر ان الحكم كذلك لو كان دعوى دفع المال من المشهود عليه اذ لا فرق وعليه فقوله كل طعن الخ ، مقيد بما اذا لم يكن في الطعن دعوى دفع مال يطلب استرداده والا فيحلف عليه عند عدم البرهان . ثم ان قوله وينبغي القبول ، يستثنى منه ما لو ادعى المدعى عليه انه استأجرهم ولم يدع دفع المال يعني سياتي في المحل المذكور ايضاً انهم لو اقروا والحالة هذه لم تسقط العدالة اه .

والظاهر ان وجهه ان الاستئجار اي طلب الايجار بلا دفع مال ، فعله لا فعلهم فلا يقتضي ذلك فسقهم تامل ولم يذكر ما اذا اقر به المدعي والظاهر ان القبول فيه اولى لانه من باب اقرار الانسان على نفسه تامل وراجع .

---

واعلم ان طعن المشهود عليه في الشهود نوعان احدهما طعن يمنع من قبول الشهادة بلا اخلال في عدالة الشهود . والثاني طعن يمنع من قبولها ويخل بعدالة الشهود ويسمى هذا جرحا لان الجرح في اصطلاح الفقهاء . اظهار فسق الشاهد فالنوع الاول تقبل الشهادة عليه وان كان لا يدخل تحت حكم الحاكم ومنه المذكور في هذه المادة بدليل قوله اذا طعن حيث لم يقل اذا جرح وبدليل التمثيل بدفع المغرم او جر المغنم وهو على ما تقدم في المادة ١٧٠٠ ان يشهد الاصل لفرعه وعكسه ، او يشهد احد الزوجين للاخر ، او يشهد من يتعيش بنفقة شخص له ، او يشهد الاجير الخاص

لمستاجره . ومن ذلك ما اذا طعن انهما عبدان او شريكان مفاوضة ، او ان الشاهد كان وكيلا عن المدعي وخاصم ، او ان الشاهد عدوه بسبب الدنيا اذا قلنا ان عدم قبول شهادته للتهمة لا ان قلنا انه للفسق لانه حينئذ كان جرحا فلا تقبل الشهادة عليه فان المشهود عليه اذا طعن باحد هذه الاشياء يقبل برهانه عليه علناً وان كان كل واحد منها لا يدخل تحت حكم الحاكم . وهذا لانه ليس بجرح مخل بالعدالة : هذا ملخص ما ذكره في البحر اواخر باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل تبعاً للعناية وغيرها . ثم قال وينبغي ان يكون الطعن بما يخل بالمروءة مما لم يكن فسقاً مقبول اه

قلت وعليه فتقبل بينة المشهود عليه ان الشاهد يبول او يأكل على الطريق بمرأى من الناس او يفرط في المزاح المفضي الى الاستخفاف او يصحب الارذال او يستخف بالناس فقد ذكروا ان هذا وامثاله مما يخل بالمروءة بشرط الادمان عليه ويمنع من قبول الشهادة وان لم يكن محرماً ولا فرق في قبول الشهادة على ما تقدم بين ان يكون قبل التعديل او بعده لانه قبل التعديل يكون كقول المزكين انه غير مقبول الشهادة وبعد التعديل يكون من باب تقديم الجرح على التعديل اذا تعارضا .

اما النوع الثاني وهو جرح الشهود بما يفسقهم فلم تتعرض المجلة لبيان احكامه وقد تكلم عليه في الدر وحواشيه كلاما طويلا يكاد ان لا يفهم منه حاصل . وحاصل ما تحرر لي منه ومن الفتح والزيلعي ان الجرح المذكور ان لم يتضمن اثبات حق لله تعالى او للعبد ، فهو مجرد وان تضمن اثبات حق لله تعالى او للعبد ، فهو جرح مركب فالاول مثل ان يشهدوا ان شهود المدعي فسقة او زناة او اكلة ربا او شربة الخمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم انهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة او على اقرارهم انهم اجراء في هذه الشهادة او على اقرارهم بان المدعي مبطل في هذه الدعوى . وحكمه ان الشهادة به علنا لا تقبل لوجهين احدهما ان الشهادة انما تقبل للحكم

بموجبها فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم لان الحكم الزام وليس في وسع القاضي الزام الفسق لاحد لتمكنه في رفعه في الحال بالتوبة . الثاني بمجرد هذه الشهادة يفسق الشاهد فلا تقبل شهادته وهذا لان فيه اشاعة الفاحشة وهو حرام فان قيل ليس المقصود منه اشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه أجيب بان دفعه ليس ينحصر في افادة القاضي على وجه الاشاعة اذ يندفع باخبار القاضي به سراً ولا يرد ما لو شهدوا على اقرار المدعي انهم فسقة او شهدوا بزور او نحوه فانها تقبل كما سيأتي مع ان فيه اظهار الفاحشة لانا نقول انهم ما شهدوا باظهار الفاحشة وانما حكوا اظهارها عن غيرهم فلا يصيرون فسقة بذلك ولان اقرار المدعي بذلك اقرار على نفسه فيواخذ به . وكذا لا يرد ما لو اقام المشهود عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لاداء الشهادة فانها لا تقبل لانها شهادة على جرح مجرد كما تقدم آنفاً ان الاستيجار امر زايد يدخل تحت الحكم ، لانا نقول الاستيجار وان كان امراً زايداً لكن المشهود عليه ليس خطما في اثباته اذ لا تعلق له بالاجرة . حتى لو ادعى انه استأجرهم واعطاهم الاجرة من ماله تقبل كما سياتي لانه خصم في ذلك ومعنى عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد ، ان الحاكم لا يلتفت اليها بل يحكم بشهادة المجروحين ان كانت عدالتهم سراً وعلناً ، ثابتة لديه قبل الجرح والا زكاهم سراً وعلنا ثم حكم .

وهذا كله اذا شهدوا على الجرح المجرد علنا اما لو ادعاه المدعي فشهدوا به سراً لدى الحاكم بان الشهود فسقة او زناة والمخبرون بذلك عدول فانها تقبل حتى لا يعتبر تعديلهم السابق لان الجرح عارضه فيترجح عليه ، وان لم يسبق تعديلهم فلا يسئل عن عدالتهم احداً لان الجرح قد سبق فلا فايدة في السؤال لترجح بية الجرح على بينة التعديل . ولا فرق في هذا بين ان يدعيه المشهود عليه سراً او علنا لان فسقه باعلان الفاحشة لا يسقط حقه — بخلاف فسق الشهود فانه يسقط شهادتهم . واما

الثاني وهو الجرح المركب يعني ما تعلق به حق لله تعالى او العبد وفيه تفسيق للشاهد فحكمه ان الشهادة عليه سواء كان قبل التعديل او بعده، تقبل، وان كان فيها اشاعة الفاحشة لان فيه حقا لاحدهما فمست الحاجة لاحيائه وترتب على قبولها لاحيائه، رد شهادتهم ولهذا سمي جرحا مركبا حيث ترتب على القبول شيئان احياء حق الله تعالى او العبد، ورد الشهادة وذلك مثل ان يشهدوا بان الشهود محدودون في قذف لان شهادة القاذف من تمام حده فكان حقا لله تعالى فصار مركبا . وقيل في تعليله ان هذه الشهادة ليس فيها اشاعة الفاحشة لان الاشاعة حصلت بالقضاء وانما هم حكوا اظهارها وعليه فلا يكون هذا جرحا بل هو طعن يمنع من قبول الشهادة فهو من جزئيات الطعن المذكور في هذه المادة ومثل ان يشهدوا انه قاذف والمقذوف يدعيه وانما اشترط ادعاء المقذوف لان ما تعلق به حقان حق لله تعالى وحق العبد، لا تقبل فيه الشهادة الا بعد ادعاء العبد كما في التكملة .

ومثل ان يقولوا انهم زنوا ووصفوه او سرقوا مني كذا وبينه او شربوا الخمر ولم يتقادم العهد في جميعها بان لم يزل الريح في الخمر ولم يمض شهر في الباقي فلو كان متقادما يكون جرحا مجرداً وتقدم حكمه

قال الزيلعي : وعلى هذا ماذكر في الكافي وغيره من ان الشهود لو شهدوا ان الشهود زناة او شربة خمر، لم تقبل وان شهدوا انهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا تقبل يحمل الاول على ما اذا كان متقادما والا فلا فرق بين قولهم زناة او زنوا اه .

ومن مسايل الجرح المركب ما لو ادعى المشهود عليه ان المدعي استاجرهم للشهادة علي بكذا واعطاهم ذلك مما كان لي عنده من المال وانا اطلب منهم ذلك او اني صالحتهم على كذا ودفعته اليهم ان لا يشهدوا علي زوراً وقد شهدوا وانا اطلب منهم ما اعطيتهم . قال الزيلعي دعواه صحيحة لما فيه من وجوب رد المال على المشهود عليه وهو مما يدخل تحت الحكم . ولو لم يقله اي دفعته اليهم وانا اطالبه لا تقبل

الشهادة لان الدعوى غير صحيحة فكان جرحا مجرداً اه . قال في البحر : وكذا ادعى اجنبي انه دفع لهم كذا مالا لئلا يشهدوا على فلان بهذه الشهادة وطلب رده وثبت اما ببينة او اقرار او نكول فانه يثبت به فسق الشاهد فلا تقبل شهادته .

وقيد بدفع المال ومفهومه لو ادعى المدعى عليه انه استاجرهم ولم يدع دفع المال فاثروا لم تسقط العدالة وبه صرح الشارحون اه . وذكر في الدر من مسائل الجرح المركب ما لو شهدوا ان الشهود قتلوا النفس عمدا اه . وهكذا اطلقه تبعا للعيني ونظر فيه صاحب التكملة بما معناه ان موجب القتل العمد وان كان من حقوق الله تعالى الا ان فيه حقا للعبد ايضا وهو الولي فان لم يبين المقتول ثم يدعيه الولي يكون جرحا مجردا اه وهو تنظير حسن جدا .

ومن مسايل الجرح المركب كما في الدر معزيا للعيني ومثله في الفتح والزيلعي ، ما لو شهدوا على اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق اه ولم يذكر ما وجه كونه جرحا مركباً مع ان الظاهر انه لم يتضمن حقاً لله تعالى او للعبد وليت شعري ما الفرق بين هذا وبين ما اذا شهدوا على اقرارهم انهم شهدوا بزور او انهم لا شهادة لهم على المدعى عليه فتامل .

واعلم ان صاحب الدر ادخل في مسائل الجرح المركب ما اذا ادعى ان الشهود عبيد ، او ان الشاهد ابن المدعي او ابوه ، او انهم شركاء المدعي والمدعى مال وهو غير سديد لان مثل هذا طعن يمنع من قبول الشهادة لا جرح يخل بعدالة الشهود اذ ليس فيه اظهار فسق الشاهد فهو من المسائل الذي ينتظمها الطعن بدفع المغرم او جر المغنم المذكور في هذه المادة وفي التكملة اشارة الى ما قلنا

## ﴿ تنبيهات ﴾

الاول ان الجرح بما يوجب التعزير دون الحد بان شهدوا بان الشاهد خــلا باجنبية او قبّلها ، هو يكون من الجرح المركب لان التعزير من حقوق الشرع ايضا فتقبل البينة عليه ولو علناً ام لا قال في البحر من الشهادات : الظاهر ان مراده من الحق الحد فــلا يدخل التعزير لقولهم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة لان التعزير حقاً لله تعالى ، يسقط بالتوبة بخلاف الحدود فوضح الفرق . ويدل عليه انهم مثلوا للمجرد باكل الربا مع انه لا يوجب التعزير فتعين ارادة الحدود اه - لكن ذكر هو في باب التعزير ما يخالف ما هنا فليراجع وليتامل .

الثاني اطلق في التنوير الشركة فيما اذا طعن المشهود عليه ان الشهود شركاء المدعي والمدعى مال وهو غير سديد ، لان طعن المشهود عليه بان الشاهد شريك المدعي في المال المشهود به اقرار بالملك لهما فيعود على موضوعه بالنقض . وتقييدها بما اذا كانت شركة عقــد كما نقل في البحر ايضاً ، غير سديد لان شركة العقد تنتظم شركة العنان وهي لا تستلزم ان يكون الشاهد شريكا في المشهود به فــان قال ان المشهود به من عروض شركة العنان كان اقراراً لهما به كما ذكرنا فالصواب تقييد شركة العقد بكونها مفاوضة فكأن الطاعن يقول مهما حصله المدعي من هــذا الباطل يكون للشاهد فيه منفعة . ثم لا بد ايضاً من تقييد المال المدعى به بكونه مما لا تصح فيه المفاوضة ليخرج نحو العقار وطعام اهله وكسوتهم مما لا تصح فيه المفاوضة اه ملخصاً من الفتح والبحر وحواشي الدر .

وفي الهندية عن المحيط وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى رجل ادعى داراً في يدي رجل فاقام على ذلك شهوداً واقــام المشهود عليه شهودا ان هــذا الشاهد كان يدعيها ويزعم انها له فهذا جرح ان عدلت بينته وكذلك لو اقام بينة ان الشاهد كان يدعي الشركة اه .

الثالث يجوز اثبات فسق رجل عند القاضي اذا كان ضرره عاما كرجل يؤذي الناس بيده ولسانه ليمنعه من ذلك ويخرجه عن البلد وفي كراهية الظهيرية : رجل يصلي ويضر الناس بيده ولسانه فلا باس باعلام السلطان بــه ليزجره اه .

كذا البحر وتمامه فيه – لكن قال محشيه العلامة ابن عابدين قال الرملي هذا لا يفيد اثبات الفسق المجرد على طريق الشهادة الشرعية بل يفيد جواز اعلام السلطان به ليزجره .

ومن ثم اجاب شيخ الاسلام ابو السعود العمادي مفتي الديار الروميــة لما سئل عن جماعة من المسلمين شهدوا على رجــل انه اذا صحب من له امر ونهي من القضــاة والولاة وغيرهم يتطاول على بعض الناس بالسب والشتم واخــذ المال بغير حق ولا يزال المسلمون يتضررون بذلك منه فماذا يلزمه اجاب هذه الصورة ليست من باب الشهادة الشرعية ولكن اذا كان متواترا عندهم لا بد من تعزيره بالضرب المبرح ثم حبسه الى ان تظهر منه التوبة والصلاح اه .

## المادة ١٧٢٥ – اذا عدل بعض المزكين الشهود وجرحهم بعضهم يترجح طرف الجرح فلا يحكم الحاكم بشهادة اولئك الشهود

هذا اذا كان الجارح اثنين والمعدل اثنين او اكثر او كان كل منهما واحدا اما اذا كان الجارح واحدا والمعدل اثنين فالمرجح هو المعدل دون الجارح قــال في الخانية اذا كان المزكي اثنين فعدلهم احدهما وجرحهم الاخر قال ابو حنيفة وابو يوسف الجرح اولى لانــه اعتمد على دليل غير ظاهر الحال فكان الجرح اولى كما لو عدلهم اثنان وجرحهم اثنان كان الجرح اولى في قولهم جميعا . وقال محمد اذا عدلهم واحد وجرحهم الآخر فالقاضي يتوقف لا يقضي بشهادتهم ولا يرد بــل ينتظران جرحهم الاخر يثبت

الجرح وان عدلهم ثبتت العدالة وان جرحهم واحد وعدلهم اثنان تثبت العدالة في قولهم لان قول الاثنين حجـة مطلقة في الاحكام كلها بخلاف قول الواحد . وان جرحهم اثنان وعدلهم عشرة كان الجرح اولى لان قول الاثنين يساوي قول الجماعة كما في دعوى الملك اذا اقام احد المتداعيين اثنين والاخر عشرة لا يترجح صاحب العشرة اه . وقـال في البحر ان الجرح اولى — الا اذا كان بينهم تعصب فانه لا يقبل جرحهم لان اصل الشهادة لا تقبل عند التعصب فالجرح اولى اه .

## المادة ١٧٢٦ — اذا مات الشهود او غابوا بعد اداء الشهادة في المعاملات فللحاكم ان يزكيهم ويحكم بشهادتهم

بخلاف ما اذا عموا او خرسوا لان قيام لاهلية حين القضا شرط لصحته ثم اذا غاب الشاهد راراد القاضي تزكيته فالمعدل انمـا يعدله اذا كانت الغيبة قريبة والا فلا ففي الهندية عن المحيط : لو ان رجلًا عدلا مشهوراً بالرضى غاب ثم حضر وشهد وسئل المعدل عنـه فان كانت الغيبة قريبة كان للمعدل ان يعدله وان كانت منقطعة مسيرة ستة اشهر او نحوه فان كان الرجل مشهوراً بالرضى كابي حنيفة وابن ابي ليلى فله ان يعدله وان لم يكن مشهورا فان المعدل لا يعدله .

وانظر هل تقييد هـذا الحكم بكونه في المعاملات احترازي او اتفاقي . الظاهر هو الثاني فان عبارة الهندية عن خزانة المفتين هكذا : والشاهدان لو عدلا بعد ما ماتا فالقاضي يقضي بشهادتهما وكذا لو غابا ثم عدلا ولو خرسا او عميا ثم عدلا لا يقضي بشهادتهما اه . ومثله في البحر عن البزازية ومن باب اولى ان للقاضي ان يحكم بشهادتهم اذا غابوا او ماتوا بعد ان زكاهم سراً وعلنا كما لا يخفى .

## المادة ١٧٢٧ — اذا الح المشهود عليه على الحاكم بتحليف

الشهود على انهم لم يكونوا في شهادتهم كاذبين وكان لزوم لتقوية الشهادة باليمين فللحاكم ان يحلف الشهود وله ان يقول لهم ان حلفتم قبلت شهادتكم والا فلا .

في قوله وكان لزوم لتقوية الشهادة الخ اشارة الى ما في الاشباه عن الصيرفية - من ان جواز التحليف ، مقيد بما اذا رآه القاضي فان الظاهر منه ان يرى لزوماً له بان كان عنده نوع ارتياب في عدالة الشهود او المزكين لا سيما اذا كان الحاكم غريباً لا وقوف له على احوال الشهود ولا احوال المزكين كما هو الغالب في زماننا قال في البحر وفي تهذيب القلانسي وفي زماننا لما تعذرت التزكية لغلبة الفسق اختار القضاة استحلاف الشهود لحصول غلبة الظن اه . ولا يضعفه ما في الكتب المعتمدة كالخلاصة من انه لا يمين على الشاهد لانه عند ظهور عدالته . والكلام عند خفائها خصوصاً في زماننا فان الشاهد مجهول الحال وكذا المزكي غالباً والمجهول لا يعرف المجهول الخ اه ما في البحر .

ولا شك ان غلبة الفسق في زماننا توقع الحاكم في ريبة من عدالة الشهود ومن عدالة المزكين فيجوز له ان يتحرى لدفع تلك الريبة ليحصل على غلبة الظن خصوصاً اذا الحّ المشهود عليه بطلب التحليف فان ذلك مما يزيد ويقوي الريبة في صدق شهادتهم فما في الاشباه عن مناقب الكردري من ان تحليف المدعي او الشاهد امر منسوخ باطل والعمل بالمنسوخ حرام

وقد ذكر في فتاوي القاعدي وخزانة المفتين ان السلطان اذا امر قضاته بتحليف الشهود يجب على العلماء ان ينصحوا السلطان ويقولوا له لا تكلف قضاتك الى امر ان اطاعوك يلزم منه سخط الخالق وان عصوك يلزم منه سخطك اه ، محمول على ما اذا كانت العدالة محققة عند القاضي ولا ريبة له فيها كما تفقه به صاحب البحر وهو تفقه حسن وعليه

فامر السلطان نصره الله تعالى بالعمل بما تضمنته هذه المادة ليس امراً بالعمل بالمنسوخ الباطل لان ذاك هو تحليف وتشهدوا والمدعي مطلقاً اي في كل حادثة . وما تضمنته هذه المادة هو التحليف عند ما يرى لزوماً له لتحصل له غلبة الظن في صدق الشهود وعدالتهم التي هي شرط لجواز قضائـه فافهم والله اعـلم .

# الفصل السابع

## في رجوع الشهود عن الشهادة

المادة ١٧٢٨ – اذا رجع الشهود عن شهادتهم بعـد اداء الشهادة وقبل الحكم في حضور الحاكم تكون شهادتهم في حكم العدم كأن لم تـكن ويعزرون .

اعلم ان للرجوع ركناً وحكماً وشرطاً فركنه قول الشاهد رجعت عمـا شهدت به او يقول شهدت بزور فيما شهدت بـه او كذبت في شهادتي وشرط جوازه ان يكون الرجوع عند القاضي . وحكمه وجوب التعزير فقط ان رجع قبل القضاء والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد ازاله بغير عوض ( كفاية بزيادة من البحر ) . ومعنى كون الشهادة كأنها لم تـكن بعد الرجوع منها انه لا يقضى بها وهذا لان كلامهم متناقض حيث قالوا نشهد بـكذا لا نشهد به ولا يقضى بالمتناقض لان كلامه الذي ناقض به وهو المتاخر في احتمال الصـدق كالاول فليس القضاء باحدهما بعينه اولى به من الاخر فوقف كل منهما فتح .

وقوله ويعزرون اي بالتشهير بالاسواق فقط عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا مع ذلك نوجعه ضربا ونحبسه كذا في عامة المتون وبه قال الشافعي ومالك كما في الفتح قال العيني في شرحه على الهداية قال شيخ الاسلام رحمه الله تعالى في مبسوطه شاهد الزور هو الذي يقر على نفسه بالكذب في الشهادة متعمدا او يشهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود بقتله حياً حتى يثبت كذبه بيقين فاما لو قال غلطت او اخطأت او ردت شهادته بتهمة او لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر اصلًا . وقال الامام الحاكم ابو محمد الكاتب رحمه الله تعالى هذه المسئلة على ثلاثة اوجه اما ان يرجع على سبيل التوبة والندامة لا يعذر بلا خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب بلا خلاف . وان كان لا يعلم فعلى الاختلاف اه . يعني يكتفي بالتشهير عند الامام ويضاف اليه الضرب والحبس عندهما ومعنى رجوعه على سبيل الاصرار ان يقول شهدت بهذه بالزور ولا ارجع عن مثل ذلك كما في الفتح واما بحثه في الفتح ايضاً في صورة ما اذا لم يعلم حاله من ان وجوب التعزير عليه لا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في انه توبة عن تعمد الزور ان تعمده او عن التهور والعجلة ان كان اخطأ في الشهادة ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدار اه ، فقد رد في البحر بان رجوعه قد يكون لقصد اتلاف الحق ولجواز ان يكون المشهود عليه غره بمال لا للتوبة ولكن هذا خاص بما قبل القضاء . واما بعد فقد يظن بجهله انه اتلاف على المشهود له مع ان اتلاف لماله بالغرامة اه .

ونقل في البحر عن جامع الفصولين ان رجوع الشاهدين عن بعض الشهادات كالرجوع عن كلها كما لو شهدا بدار وبنائها او باتان وولدها ثم رجعا في البناء والولد لم يقض بالاصل لان الشاهد فسق نفسه وشهادة الفاسق ترد . وفيه عن منية المفتي شهدا على رجل فلم يقض بشهادتهما حتى شهد رجلان عليهما انهما رجعا عن تلك الشهادة فان كان اللذان اخبرا عنهما بالرجوع يعرفهما القاضي ويعدلهما وقف الامر ولم ينفذ شهادتهما .

# بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث
رحمة للعالمين والآل والصحب اجمعين

هذا ما وصل اليه قلم العلامة المرحوم لانتهاء اجله المحتوم
فتطفلت باكماله وانا الفقير اليه تعالى ولده الحقير

محمد طاهر الأتاسي

مفتي حمص غفر الله له ولسائر المسلمين آمين

---

المادة ١٧٢٩ – اذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم في حضور الحاكم فلا ينقض حكم الحاكم ويضمن الشهود المحكوم به راجع مادة ( ٨٠ )

سواء رجعوا عن كل ما شهدوا به فيضمنون كله او بعضه فيضمنون ذلك البعض كما لو شهدوا بالدار ثم بعد الحكم رجعوا وقالوا ليس البناء للمدعي او بالجارية وولدها فقالوا ليس الولد للمدعي . واما رجوعهم في البعض قبل الحكم فيوجب رد شهادتهم لانهم فسقوا انفسهم باظهار كذبهم فلا تقبل .

قيد بعد الحكم احترازاً عما تقدم انه قبل الحكم يوجب التعزير

ان قبل الحكم ، يوجب التعزير فقط ولا ضمان عليهما ، لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضاء فلا تقع سبباً للاتلاف بدونه . وقيد بحضور الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة وهو مجلس القاضي اي قاض كان ، ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان هداية .

وفي الفتح يتفرع على اشتراط المجلس انه لو اقر شاهد بالرجوع في غير المجلس واشهد على نفسه به وبالتزام المال ، لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا ان لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع . ولو اقر في مجلس قاض انه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعاً عند هذا القاضي لا الذي اسند رجوعه اليه . ولو رجعا عند القاضي ثم جحدا تقبل البينة عليهما ويقضى بالضمان

واورد على هذين التعليلين في اشتراط صحة الرجوع بما حاصله ان لا ملازمة بين اشتراط المجلس للاداء والرجوع عنها لان اداءها لا يتصور الا بحضور القاضي واما الرجوع فيتصور بدونه لان مؤداه الاقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان فلا يتوقف على مجلس القضاء ، وبان اعلان التوبة على الذنب لا ينحصر في مجلس القضاء بل يتاتى فيه وفي غيره بان يظهر رجوعه للناس ويشهدهم عليه ويبلغ ذلك القاضي بالبينة فكيف لا يكون بمثل هذا معلناً واطال البحث فيما اجاب به صاحب النهاية فارجع اليه . وانما وجب الضمان على الشهود لا القاضي مع انه مباشر في حكمه ولا المدعي وان اخذ ما ادعاه مع امكان الاسترداد منه لان القاضي كالملجأ من جهة الشرع الى القضاء بعد ظهور العدالة كيلا يفسق بتأخيره وقد مر في المادة ٩١ ان الجواز الشرعي ينافي الضمان فما بالك بالواجب والا اوجب عدم قبول القضاء من احد والمدعي اخذ بحق ظاهر تأكد بالقضاء لان كلا من اداء الشهادة والرجوع عنها يحتمل الصدق والكذب وليس الرجوع عنها اولى بالصدق من ادائها وقد تأكد بالقضاء فلا يجبر على اعطاء ما اخذ ، ولان الشاهد في الرجوع عن شهادته ، متهم في حق المشهود له لجواز

ان المشهود عليه غره بمال او غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعي في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للتهمة اذ التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عنها فلا ينقض القضاء في حقه — على ان الشاهدين متناقضان في رجوعهما فكما ان القاضي لا يقضي بالكلام المتناقض لا ينقض ما قضاه بالكلام المتناقض فتترك العين المشهود بها في يده ويصار الى البدل فيضمن الشهود لتسببهم بالاتلاف .

وفهم من اطلاق المجلة ، الضمان مطلقاً ، ولو لم يقبض المدعي المال ديناً كان او عينا . قال في البزازية وعليه الفتوى خلافاً لما في الهداية والمبسوط والبدائع والكافي — وفصل في الذخيرة ان كان المشهود به عيناً فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع قبض المشهود له العين او لم يقبض — بخلاف ما اذا كان المشهود به دينا ( كذا في الهندية ) — وجه الفرق كما في الفتح ان ضمانهما ضمان اتلاف مقيد بالمماثلة فاذا كان المشهود به عينا فالشاهدان ازالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو ازلنا قيمته عن ملكهما ثبتت المماثلة — اما اذا كان المشهود به دينا فالشاهدان اوجبا عليه دينا بغير حق فلو استوفى الضمان منهما قبل ان يستوفي المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لان المستوفي منهما عين في مقابلة دين اوجباه .

واعلم ان الشرط في وجوب الضمان على الشهود ان يكون المتلف بالشهادة مالا عينا لا منفعة ، وان لا يكون المتلف حصل بمقابلة عوض سواء كان العوض مالا او منفعة فلو لم يكن مالا عينا كما لو شهدوا على ولي القتيل انه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا فلا ضمان عليهم في ظاهر الرواية لانهم لم يوجد منهم اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهم قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال — وكذا النسب فلو شهدوا ان هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يجحد فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعوا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشهود لانعدام اتلاف المال منهما سواء كان رجوعهم في حال حياة الاب او بعد وفاته اما في حال حياة

الاب فلانهما لم يشهدا على الاب بالمال وانما شهدا عليه بالنسب والنسب ليس بمال . واما بعد وفاته فلأنهم لو ضمنوا اضمنوا مـا ورث الابن المشهود له لسائر الورثة ولا يجوز ذلك لان لستحقاق الميراث يضـاف الى الى موت الاب لا الى النسب لان الميراث يستحق بالنسب والموت جميعا والموت آخرهما وجودا وكل حكم ثبت بعلة ذات وصفين يضـاف الى آخر الوصفين وجودا .

ومثله الولاء فلو اقام شاهدين ان هذا مولاه اعتقه وهو يملكه وقال المشهود عليه انا حر الاصل ثم رجعوا بعد القضاء بشهادتهما لم يضمنا شيئا لانهما الزماه الولاء بشهادتهما والولاء كالنسب ليس بمال . ولو مات فورثه ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا شيئا والعلة مـا ذكر في النسب - كذلك النكاح قال في الفتح باں ادعى رجل على امرأة نكاحا بقدر مهر مثلها او ادعاه باقل بان ادعاه بماية ، ومهر مثلها الف فشهد بذلك شاهدان فقضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيئا في في الصورتين وذلك لان البضع وان كان متقوما حال الدخول لخطره لكنهم ما اتلفوه عليها كليا بل اوكسوا في المنفعة والمنفعة ليست عين مال حقيقة وانما يعطى لها حكم الاموال بعارض عقد الاجارة - وكذلك لو ادعت امرأة على رجل انه طلقها على الف درهم ، والزوج ينكر فشهـد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا للزوج شيئا لانهما بشهادتهما اتلفا على الزوج المنفعة لا عين المال .

ومثله لو ادعى رجل انه استأجر هذه الدار من فلان بعشرة دراهم واجر مثلها ماية درهم والموجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للموجر شيئا لانهما بشهادتهما اتلفـا المنفعة لا عين المال - بخلاف العكس وهو ما اذا كان المدعي هو الموجر بان ادعى انـه اجر داره من فلان شهراً بعشرة دراهم وكان اجر مثلها خمسة والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا فانهما يضمنان الزيادة لان التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض - ففي صورة ادعاء المستاجر

على المؤجر كان الدعوى عليه بمنفعة والمنافع لا تضمن فلا ضمان - واما العكس فالادعاء ببدل المنفعة لا بها وهو زائـد عن اجر المثل وهو مـال عين فيضمنان.

ومن هذا القبيل الشفعة فلو ادعى رجل على آخر الشفعـة وشهد له شاهدان بان المشفوع به ملكه فقضى القاضي بها ثم رجعا عن شهادتهما لا ضمان عليهما لانها من الحقوق المجردة ليست مالا - وعلى هذا فقس كل مشهود به متلف ليس مالا عينا ، او منفعة ليس بمال عين ، او من الحقوق المجردة فهذه الاحكام ماخوذة بعضها بنوع تلخيص من المبسوط والبدائع والبحر والفتح والهداية فارجع اليها .

ومن شروط الضمان ان يكون اتلاف المال العين بغير عوض حصل للمشهود عليه فان تعوض عنه ، فلا ضمان على الشهود سواء كان العوض عين مال ، او منفعة لها حكم عين المال - فعلى هذا لو شهدوا على بايع يبيع بمثل القيمة او اكثر ثم رجعوا لم يضمنوا لانه ليس باتلاف معنى نظراً الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيـه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم الا اذا اوجب البيع في المدة فلا ضمان على الشهود لانه ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف ( هندية ) .

قال في الفتح هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما ان ينظما هما في شهادة واحدة بان شهدا انه باعه هذا بالف واوفاه الثمن او في شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشتري اوفاه الثمن ففي الاول يقضي عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفي الثاني يقضى عليهما بالثمن للبايع والفرق هناك فارجع اليه .

يقول الفقير قوله ( يقضى بالثمن للبائع ) اي مع ضمان النقصان اذا كانت قيمته اكثر والا تالف على البايع فرق النقصان بلا مقابلة عوض - ولو كانت الدعوى من المشتري بانه اشترى منه هذا بالف وشهدا له

فان كانت قيمته مثل الثمن المذكور او اقل لا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا وان اكثر ضمنا الزيادة للبائع لان شهادتهما وقعت اتلافا بغير عوض والحكم في البتات والخيار واحد كما تقدم الا اذا اجاز من له الخيار في المدة – ومثال ما لو كان العوض منفعة لها حكم المال ، ما اذا ادعت امرأة على رجل انه تزوجها على الف درهم والرجل ينكر فشهد لها بذلك وقضى القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا ، – ينظران مهر مثلها الفاً او اكثر لم يضمنا للزوج شيئاً وان اتلفا عليه عين المال لانهما اتلفاه بعوض له حكم المال وهو البضع لانه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج بدليل ان الاب يملك ان يزوج من ابنه امرأة . ولو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله في ملك الزوج ، لما ملك لان الاب لا يملك على ابنه معاوضة مال بغير مال ( بدائع ) .

وفي البحر ما ملخصه ثم اعلم ان تضمين الشاهد لا ينحصر في الرجوع بل يكون في غيره فيما اذا ظهر كذب الشاهد لما في تلقيح المحبوبي : شهدوا على رجل في دعوى اقراض ان المدعي اقرضه الف درهم ثم بعد حكم القاضي اقام المقضي عليه بينة انه دفعها قبل الحكم تسترد له ولا يضمن الشاهدان – ولو شهدوا في هذه القضية ان له عليه الف درهم ضمنوا – والفرق ان الشهادة بلفظ اقرض لا تفيد قيام الدين في الحال لجواز وقوع الايفاء او الابراء بعد الاقراض فلم يتيقن بكذب الشاهدين وبلفظ له عليه الف درهم يفيد قيام الدين في الحال فلزم الضمان لتيقن كذبهما – ومن هذا ما في تلخيص الجامع اخذ الولي دية القتيل بناء على قضاء القاضي بالشهادة بقتله فظهر المشهود بقتله حياً ان شاء المحكوم عليه ضمن الولي لانه قبض الدية ظلما ولا يرجع على احد لسلامة بدله او الشاهد لانه السبب الملجيء لحكم القاضي . ولو شهدوا على اقرار المدعى عليه بالقتل او على التحمل لشهادة غيرهم ضمن الولي فقط لعدم التيقن بكذبهم لجواز ان يكون المقر او شاهد الاصل كاذبين .

ثم في هذه المسئلة اي دعوى القرض لو اثبت المقضى عليه الابراء

ضمن شاهد الدين لظهور كذبه دون شاهد القرض والوجه ظاهر - ونقل العلامة ابن عابدين فى حاشيته على البحر عن ابي الشحنة في لسان الحكام ضابطاً في تضمين الشاهدين بلا رجوع حيث قال : دقيقة في ايجاب الضمان على الشاهدين الشاهدان متى ذكرا شيئا هو لازم للقضاء ثم ظهر - بخلافه ضمنا . ومتى ذكرا شيئا لا يحتاج اليه القضاء ثم تبين بخلاف ما قالا لا يضمنان شيئا حتى ان مولى الموالاة اذا مات وادعى رجل ميراثه بسبب الموالاة فشهد شاهدان ان هذا مولى هذا الذي اسلم والاه وعاقده وانه وارثه لا نعلم له وارثا غيره فقضى له القاضي بميراثه فاستهلكه وهو معسر ثم ان رجلا آخر اقام البينة انه كان نقض الولاء الاول ووالى هذا الثاني وانه توفي وهذا الثاني مولاه ووارثه لا وارث له غيره ، فالقاضي يقضي بالميراث للثاني فيكون الثاني بالخيار ان شاء ضمن الشاهدين الاولين وان شاء ضمن المشهود له الاول ، لانه ظهر كذب الشاهدين الاولين فيما للحكم به تعلق .

وبيان ذلك في مسئلة الولاء قولهما هو وارثه لا وارث له غيره امر لا بد منه للقضاء له فانهم اذا شهدوا باصل الولاء ولم يقولوا وارثه فالقاضي لا يقضي له بالميراث وانما اخذ الاول الميراث بقول الشاهدين انه مولاه ووارثه اليوم وقد ظهر كذبهما فضمنا .

بخلاف مسئلة النكاح فانهما اذا شهدا انه مات وهي امرأته زيادة غير محتاج اليها فانهما لو قالا كانت امرأته فان القاضي يقضي لها بالميراث فصار وجود هذه الزيادة كالعدم ولو انعدمت هذه الزيادة بان شهدا بانها زوجته ولم يقولا مات وهي امرأته لكان لا يجب عليهما شيء لانهما شهدا بنكاح كان ولم يظهر كذبهما في ذلك ثم ذكر مسئلة الفروق ا ه كلامه .

يقول العبد الضعيف هذا الضابط ليس كلياً لعدم انطباقه على شهود القتل المارة اذ ليس مع الشهادة بالقتل شيء لازم لا بد من ذكره للحكم بالدية فالذي يظهر ان القاعدة للضمان هي ظهور كذب الشاهدين

وفي مسئلتي الشهادة بالموالاة وبالنكاح لا يتيقن كذبهما الا اذا ذكرا ذلك القيد الموجب للقضاء بالارث كما لا يخفى .

﴿ تنبيه ﴾

اذا علمت الضابط الذي يوجب الضمان والذي لا يوجبه كما نقلناه لك ملخصا عن البدائع والبحر والفتح والهداية ، سهل عليك معرفة ذلك عند حدوث القضايا في جميع ابواب الفقه وعلمت ان الفروع التي ذكرها الفاضل علي حيدر افندي من قبيل المثال لا على وجه الاستقصاء .

المادة ١٧٣٠ — اذا رجع بعض الشهود على الوجه المذكور آنفاً فان كان باقيهم بالغاً نصاب الشهادة يضمن الذي رجع مستقلاً نصف المحكوم به ان كان واحداً وان كانوا ازيد يضمنون النصف سوية بالاشتراك

فان قيل ان مجموع شهادة الاثنين هو العلة لحكم القاضي وواحد منها لا يصلح علة فكما ان في ابتداء الشهادة لا يتحقق العلية الا بالجميع فبعد الحكم اذا رجع احدهما كان ينبغي ان يكون الباقي في حكم العدم ويجب ضمان الجميع على الراجع اعتباراً لبقاء العلة بابتدائها الجواب يجوز ان يبقى بعض الحكم ببعض العلة ولا يثبت ابتداء ببعضها — وفي الهداية الاصل المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع .

وفي الفتح وهذا لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف فاذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال ، بقي المال ثابتاً فلم يتحقق بالرجوع اتلاف شيء ومن المحال ان يضمن مع عدم اتلاف شيء . واما ما اورد من انه ينبغي اذا رجع واحد من الاثنين ان لا يبقى شيء من المال لان الواحد لا

يثبت بشهادته شيء اصلا فيقتضي ان يضمن الواحد الراجع كل المال وهو مصادم للاجماع على نفيه . وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شيء بشهادة الواحد انما هو في الابتداء ولا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء اه .

فعلى هذا ينظر لمن بقي بعد الرجوع لا لمن رجع فان كان في الباقي نصاب الشهادة فلا يترتب على من رجع سوى التعزير لان شهادة الباقين اثرت في الحكم وان كانت بعض العلة ابتداء كالنصاب فانه في معنى العلة لوجوب الزكوة لكن يتراخى الحكم الى حولان الحول ويبقى ببقاء بعض النصاب ( بحر ) .

وفيه مسائل الجامع الكبير اربعة شهدوا على آخر باربعمائة وقضى بها فرجع واحد عن مائة وآخر عن تلك المائة ومائة اخرى واخر عن تلك المائتين ومائه اخرى فعلى الراجعين خمسون درهما اثلاثا لان الشهادة قائمة بقدر ثلاثماية وخمسين اه . وذلك لان الذي لم يرجع بقي شاهداً باربعمائة والراجع الاول بقي شاهداً بثلاثمائة فبقي على ثلاثمائة حجة كاملة فلا يجب ضمانها على احد بقي على المابة الزائدة واحد وهو الثابت على شهادته فبقى من يقوم به نصف الحق فبقي نصفها فظهر ان التالف برجوعهم نصف المائة فيجب على الراجعين لاستوائهم في ايجابها فان رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة ارباعاً وضمنوا سوى الاول خمسين ايضاً اثلاثا لانه بقي من الشهادة من يقوم به مايتان وخمسون كذا في المحيط اه كلامه .

اقول بيانه ان الجميع اتفقوا على الرجوع عن المابة الرابعة فيضمنونها ارباعاً واما المابة الثالثة فالراجع الاول ثابت عليها بشهادته وحده فتنصفت الحجة فوجب نصفها وهو خمسون على الثلاثة اثلاثا لانه بقي من الشهادة من يقوم به مايتان وخمسون فتأمل .

يتفرع على ما ذكر ما في البدائع وغيره اذا شهد رجلان بمال ثم رجع احدهما ، عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقي ولو كان الشهود اربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجع اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة فعليهم نصف المال لا

النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل ، غرم نصف المـال لان النصف بقي بثبات المرأتين ولو رجعت المراتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف بثبات الرجل — ولو رجع رجل وامراة فعليهما ثلاثة ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المراة لان الباقي ببقاء امراة واحدة ، الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمراة ثلاثة ارباع . والرجل ضعف المراة فكان عليها الربع وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المـال على الرجل والنصف على المراتين بينهما نصفـان .

ولو شهـد رجلان وامراة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شيء على المراة لان المراة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها بمنزلة واحدة لان القاضي لا يقضي بشهادتها — ولو شهد رجلان وامراتان ثم رجعت المراتان فلا ضمان عليهما لان الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال ، لان المراتين يحفظان النصف . ولو رجع رجل واحد لا شيء عليه لان رجلًا وامراتين يحفظون جميع المال . واو رجع رجـل وامراة فعليهما ربع المـال بينهما اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المراة لانه بقي ثلاثة ارباع ببقاء رجل وامراة فكان التالف برجوع رجـل وامراة ، الربع . والرجل ضعف المراة فكان بينهم اثـلاثا ولو رجعوا جميعاً فالضمان بينم اثلاثا ثلثاه على الرجلين وثلثه على المرأتين لما ذكرنا ان الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تلف بشهادتها . ولو شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا جميعاً فالضمان بينهم اسداس سدسه على الرجل وخمسة اسداسه على النسوة . وهذا قول ابي حنيفه . وعندهما الضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة .

وجه قول ابي حنيفة ان كل امرأتين بمنزلة رجل واحـد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم اسداسا وجه قولهما ان النساء وان كثرن فلهن شطر الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم انصافاً ولو رجع الرجل وحده ضمن نصف المال

لان النصف محفوظ بشهادة النساء وكذا لو رجعت النسوة غرمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الرجل هذان النصفان يؤيدان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لان الحق بقي محفوظاً برجل وامراتين . ولو رجعت المراة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لانه بقي بثبات رجل وامراة ثلاثة ارباع المال . ولو رجع رجل وامراة فعليهما نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل والثلث على المراة لان تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامراة النصف والرجل ضعف المراة فكان بينهما اثلاثا .

ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامراة فعلى الرجل نصف المال ولا شيء على المراة في قياس قولهما . وفي قياس قول ابي حنيفة نصف المال يكون عليهما اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المراة . ولو رجعوا فالضمان بينهم اخماس عند ابي حنيفة خمساه على الرجل وثلاثة اخماسه على النسوة لان الرجل ضعف المراة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المراة لما ذكرنا ان لهن شطر الشهادة وان كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال ( بدائع ) وقد مشت المجلة على اختيار قول ابي حنيفة .

وعلى هذا يخرج ما اذا شهد شاهدان انه طلق امراته ثلاثا والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا فالضمان عليهم ارباعا على شاهدي الطلاق ربع المهر وعلى شاهدي الدخول ثلاثة ارباع لان شاهدي الدخول شهدا بكل المهر لان كل المهر يتأكد بالدخول وللمؤكد حكم الموجب . واما شاهدا الطلاق فقد شهدا بالنصف فقط لان نصف المهر يتأكد بالطلاق وقد اشترك فيه الشهود كلهم وانفرد شهود الدخول بالنصف الاخر .

## تتمة

اعلم ان قضاء القاضي بالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق والعتاق

بشهادة الزور غير عالم بذلك ينفذ ظاهراً وباطنا في قول الامـام الاعظم وقواه في المبسوط وفي الفتح هو الوجه – قيدنا بكونه غير عالم لان عدم العلم شرط للنفاذ باطنا خلافا للامام محمد والائمـة الثلاثة وابي يوسف في قوله الاخير قالوا ينفذ ظاهراً لا باطنـا حتى اذا ادعى نكاح امراة واقام شاهدي زور فقضى القاضي له بالنكاح غير عالم بذلك وسعه ان يطأها ولا يحل له في قول محمد وابي يوسف الاخير احتجوا بقوله تعالى (ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام) وبحديث (انكم تختصمون الي الخ) فقد نهى عن اكل مال الغير بالباطل احتجاجا بحكم الحاكم .

والمعنى فيه ان قضاءه اعتمد شهادة الزور وهو سبب باطل فلا ينفذ باطنا ولان شهادة الزور كبيرة فكيف تكون حجة للمشروع وهو القضاء وايضا القضاء اظهار لشيء سبق وجوده وكان خفيا وما قضى فيه بشهادة الزور لا وجود له ولا يجوز ان يجعل قضاؤه هذا انشاء لان ولاية الانشاء لم تثبت له لان دعوى المدعي وشهادة شهوده في عقد سابق فلا يتمكن اذاً من انشاء شيء لم يدعه المدعي ولانه في قضائه هذا لم يقصد انشاء العقد بل امضاء ما كان والحال انه لم يكن .

وحجة الامام الاعظم ان رجلا ادعى نكاحا بين يـدي علي رضي الله تعالى عنه واقام شاهدين فقضى علي بالنكاح بينهما فقالت المراة ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجني منـه فقال شاهداك زوجاك . وهذا من سيدنا علي كالمرفوع الى رسول الله صلى الله عليـه وسلم اذ لا دخـل فيه للراي .

واما استدلال الصاحبين والائمة بالآية الكريمة والحديث فهذا وارد في الاملاك المرسلة وهي التي لم يذكر لهـا سبب معين ومثله الارث والديون التي لم تبين اسبابها فان القضاء فيها لا ينفذ باطنا بالاجماع فلا يحل للمقضى له الوطيء والاكل واللبس وحل للمقضي عليه – بخلاف القضاء في العقود والفسوخ والطلاق والعتاق ينفذ باطنـا وان وقع بشهادة الزور

اذ ليس في وسعه الوقوف على حقيقة صدقهم او كذبهم ولا سبيل له سوى التفحص عن احوالهم بالتزكية سراً او علناً فاذا بذل بهذا مقدوره وظهرت عدالتهم وجب عليه القضاء بامر الله تعالى فيما له ولاية الانشاء وقضاؤه بامر الله تعالى يكون نافذاً حقيقة لاستحالة ان يامر الله تعالى بالقضاء ولا ينفذ ذلك القضاء فاذا قضى بالزوجية مثلاً فلذلك طريقان اما اظهار نكاح ان كان واما انشاء عقد بينهما ان لم يكن فاذا لم يسبق بينهما عقد تعذر اظهاره بالقضاء فيتعين الانشاء فيثبت له ولاية الانشاء بهذا النوع من الدليل لكن شرطه المحلية حتى اذا كانت المراة منكوحة الغير او محرمة عليه بسبب لا ينفذ قضاؤه فكذلك الشهادة شرطه الا ان مجلس القاضي لا يخلو عن شاهدين فلهذا لم يذكر الشهادة .

وفي الهندية عن الذخيرة ومنهم من قال حضرة الشهود وقت القضاء في هذه الصورة ليست بشرط وهذا في العقود وله صور كثيرة — واما في الفسوخ فمن صورها امراة ادعت على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت شهود زور وقضى القاضي بالفرقة بينهما وتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة فعلى قول الامام لا يحل للزوج الاول وطؤها ظاهراً وباطنا ويحل للثاني ظاهراً وباطنا — وفي هذا حكمة بالغة وهو ان لا يجتمع رجلان على امراة واحدة لاحدهما نكاح ظاهر وللآخر نكاح باطن .

واما الاملاك المرسلة كدعوى ملكية عين او دعوى دين لم يبين سببه او ارث فليس للقاضي هناك ولاية الانشاء لانه تمليك المال من الغير بغير سبب فاذا لم يكن له ولاية الانشاء لم يكن للحكم موضع الا بولاية اظهار الملك فاذا لم يكن في نفس الامر ملك سابق فلا يتصور اظهاره بالقضاء .

يوضحه ان القاضي في الاملاك المرسلة لا يقول للمدعي ملكتك هذا المال وانما يقصر يد المدعى عليه عن المال ويأمر بالتسليم ليأخذه على انه ملكه كما يدعيه وقضاؤه بهذا نافذ وفي العقود والفسوخ والطلاق والعتاق يقول قضيت بالنكاح بينكما وجعلتها زوجة لك فيثبت بالنكاح

بينها بقضائـــه .

المـادة ١٧٣١ - يشترط ان يكون رجوع الشهود في حضور الحاكم ولا اعتبار لرجوعهم اذا كان في محل آخر بناء على ذلك اذا ادعى المشهود عليه رجوع الشهود عن شهادتهم في محل آخر فلا تسمع دعواه واذا شهدوا في حضور الحاكم ثم رجعوا بعـد ذلك عن شهادتهم في حضور حاكم آخر يعتبر رجوعهم .

تقدم الكلام على هذا في شرح المادة (١٧٢٩) فارجع اليه . وفي البحر وانما اشترط في الرجوع ان يكون عند القاضي لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من مجلس القاضي ولان الرجوع توبـة وهي على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان - اطلقه فشمل القاضي المشهود عنده وغيره فاذاً لم يصح الرجوع عند غير القاضي ولو شرطيـنا كما في فتح القدير .

ولو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما ، لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام بينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح - ولو اقر عند القاضي انه رجع عند غير القاضي فانه صحيح وان اقر برجوع باطل لانه يجعل انشاء للحـال - وفيه عن خزانة المفتين اذا رجعا عن شهادتهما واشهدا بمال على انفسهما لاجل الرجوع ثم جحدا ذلك فشهد عليهم الشهود بالمـال من قبل الرجوع والضمان لا تقبل اذا تصادقا عند القاضي ان الاقرار بهذا السبب فالقاضي لا يلزمهما الضمان .

وفي المحيط ولو ادعى رجوعهما عند القاضي ولم يدع القضاء بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة ولا يحلف عليـه لان الرجوع لا يصح ولا

يصير موجباً للضمان الا باتصال القضاء به كالشهادة .

## فروع

في البزازية شهدا على رجل باعتاق عبده واربعة اخر على انه زنى وهو محصن فحكم بالعتق والرجم ثم رجعوا فالقيمة على شهود العتق للمولى والدية على شهود الزنى للمولى ايضا – والمولى وان كان جاحداً للعتق وهو يمنع اخذ القيمة لكن زعمه بطل بالحكم وصار كالمعدوم .

فان قلت المحل الواحد صار مضمونا مرتين حيث ضمنوا ديته وقيمة رقبته ذلك لاختلاف الجهة فان ضمان قيمة الرقبة من جهة المالية ، لان المملوك من هذه الجهة حكمه حكم الاموال السائرة والدية من جهة النفس المعصومة وقد اتلفوها بالشهادة وعن هذا صرح بصحة اقراره بقتل عمد فيجري عليه القصاص كما في البدائع وغيرها . ولو اقر بمال لا ينفذ على مولاه ويطالب به بعد العتق وعن هذا ايضا نقلت الهندية عن الحاوي ، انه لو كان احد شاهدي العتق احد الاربعة ضمن حصته من الدية مع حصته من القيمة .

وفي المبسوط ولو شهدوا لرجل مسلم كان ابوه نصرانياً ان اباه مات مسلما وللميت ابن نصراني فقضى القاضي بالمال لابنه المسلم ثم رجعوا عن شهادتهم ضمنوا الميراث كله للنصراني ، لانه لولا شهادتهم كان القول قول الابن النصراني باستصحاب الحال والميراث كله له لانه عرف نصرانية ابيه في الاصل فانما صار الميراث كله مستحقاً للابن المسلم بشهادتهما فعند الرجوع يضمنان ذلك .

ولو كان صبي في يد رجل لا يعرف انه حر او عبد فشهد شاهدان على اقراره انه ابنه فاثبت القاضي نسبه منه ثم مات الرجل فقضى له بميراثه ثم رجعا لم يضمنا شيئا ، لانهما شهدا بالنسب في حياته واستحقاق الميراث انما يحال على آخر الوصفين وجوداً وهو الموت دون ما شهدا

به ( مبسوط ) .

ولو شهدا برهن دابته والراهن مقر بالدين جاحداً للرهن فقضى القاضي بالدابة رهناً ثم رجعا فان لم يكن في قيمة الدابة فضل على الدين فلا ضمان عليهما لانهما شهدا بثبوت يد الاستيفاء . ولو شهدا على المطلوب بحقيقة ايفاء الدين بمال في يده وهو مثل الدين لم يضمنا عند الرجوع فكذلك اذا شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتهن في ماله . وان كان في قيمته فضل على الدين لم يضمنا ما دامت الدابة حية لانه باق على ملك المطلوب وهو متمكن من اخذه بقضاء الدين وهو مقر بالدين فاذا ماتت عند المرتهن ضمنا ذلك الفضل ، لانهما اتلفا الفضل عليه بغير عوض حين اثبتنا حق الحبس فيه للمرتهن ولم يسقط شيء من الدين باعتباره .

ولو كان الراهن هو الذي ادعى الرهن وجحد المرتهن ذلك فقضى القاضي بشهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا على المرتهن شيئاً فان حقه في المطالبة بالدين بعد الرهن كما كان من قبل وهو متمكن من رد الرهن لان عقد الرهن لا يتعلق به اللزوم في جانب المرتهن - فان قيل لماذا تقبل البينة عليه وهي لا تلزم شيئاً قلنا اثبات السبب بالبينة صحيح وان كان لا يتعلق به اللزوم في الحال كما في البيع بشرط الخيار للبائع او للمشتري الا ان يكونا شهدا عليه برهن هالك في يده فحينئذ هذا بمنزلة شهادتهما عليه باستيفاء الدين لان الاستيفاء يتم بهلاك الرهن فيكونان متلفين للمال عليه فيضمنان له ذلك عند الرجوع .

وفيه واذا عمل المضارب بالمال وربح فادعى انه اخذه مضاربة بالنصف وشهد له شاهدان ورب المال يقول بالثلث واخذ المضارب نصف الربح ورد الباقي ثم رجع الشاهدان ضمنا السدس الذي شهدا به لان القول قول رب المال لولا شهادتهما فما زاد على الثلث الى تمام النصف انما استحقه المضارب على رب المال بشهادتهما وقد اقرا بالرجوع انهما اتلفا ذلك عليه بغير حق . ولو كان الربح كله ديناً لم يضمنا شيئا حتى يقبض فما قبض منه اقتسماه نصفين ويضمن الشاهدان سدسه لرب المال لان وجوب الضمان

عليها بتفويت اليد ولا يتحقق ذلك ما لم يقبض الدين وتصل الى المضارب حصته فعند ذلك يتم التفويت عليه بسبب شهادتها .

وفي الهندية اربعة شهدوا على رجل بالزنى وشهد شاهدان عليه بالاحصان فاجاز القاضي شهادتهم وامر برجمه ثم رجعوا جميعا عن شهادتهم فان شهود الزنا يضمنون الدية ويحدون حد القذف عند علمائنا الثلاثة ولا ضمان على شهود الاحصان كذا في المحيط . يقول الفقير وجه ذلك ان الاحصان شرط للرجم والعلة هي الزنى والحكم يضاف الى العلة لا الشرط وفيها . ولو شهد اربعة على رجل بالزنى ولم يحصن فجلده الامام وجرحته السياط ثم رجعوا عن الشهادة فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ليس عليهم له ارش الجراحة خلافا لهما وجه قول الامام ان الذي ترتب على شهادتهم هو الجلد فهي العلة له . والجرح انما حصل من جهالة فاعل الجلد وهو الجلاد المأمور ولو رجع واحد من الشهود قبل ان يحكم بها حدوا اي لان شهادتهم لم تتأكد بحكم الحاكم الذي هو علة اقرب فاذا نقص نصاب الشهادة برجوع واحد منهم اصبحت شهادة الباقين كالعدم فيحدون جميعا حد القذف .

ولو شهد اربعة على رجل بالزنى والاحصان فقضى القاضي بذلك وامر برجمه فرجعوا عن الشهادة وجرحته الحجارة وهو حي فان القاضي يدرأ عنه الرجم وهم ضامنون ارش جراحته . اقول الفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها على قول الامام ابي حنيفة ان القاضي لما كان مأموراً شرعا برجمه بناء على شهادتهم بالزنى والاحصان ، فالجرح داخل في الرجم فكانت شهادتهم الموجبة للرجم موجبة للجرح من باب اولى .

وفيها ولو شهد اربعة على العتق والزنا والاحصان فامضى القاضي ذلك كله ثم رجعوا عن العتق ضمنوا القيمة ولا شي عليهم من الدية . بيانه انهم باقون على شهادتهم بالزنى . ولو رجع اثنان عن الزنى واثنان آخران عن العتق لا شيء على اللذين رجعا عن العتق . وذلك لانه مهدور الدم

بمقتضى الشهادة على الزنى والاحصان وقد وليها اجراء الحد فلم يتلفوه على المولى بشهادة العتق ( وعلى اللذين رجعا عن الزنى نصف الدية وحد القذف ) وجهه ظاهر ( وفيها شهدوا على مورثهم اي ابيهم او اخيهم او عمهم المحصن بالزنى رجم ولا تعتبر تهمة استعجال الارث ) اي لا ترد شهادتهم لهذه التهمة لانه عارضها امر آخر ديني وهو الاحتساب في هذه الشهادة لاقامة الحد ( فان رجم ولم يصيبوا مقتله ) اي لان الشهود هم اللذين يبدؤن بالرجم قبل غيرهم ( فرجع واحد غرم ربع ديته وورث الراجع ) اي لما تقدم من عدم التهمة في استعجال الارث ( فان اصابوا مقتلاً فرجع واحد وكذبوه في الرجوع لم يغرم شيئاً ) لانهم بتكذيبهم له بالرجوع اعترفوا بعدم وجوب الغرامة عليه . واما ارثه فلأن ما فعله معهم في اصابة المقتل لا يمنع الارث ( وان قالوا شهدت بباطل لانك ما رأيت زناه ورأيناه غرم ربع الدية لهم ولا يرث ) علته ظاهرة ( وان قالوا شهدت بباطل لانك ما رأيت زناه ورايناه غرم ربع الدية لهم ولا يرث ) وجهه ظاهر ( وان كذبوه في الشهادة وصدقوه في الرجوع غرموا ديته وحدوا للقذف وحرموا من الارث وصرف الى اقرب الناس اليه ) الوجه ظاهر .

قال في البحر واعلم ان الضمان يسقط عنهما باشياء الاول ضمنها نصف المهر ثم اقر به رده اليهما الثاني ضمنها قيمة العين ثم اقر بالاعتاق رده الثالث ضمنها قيمة العين ثم وهبها المشهود له للمشهود عليه رده اليهما الرابع رجع الواهب في هبته بقضاء بعد ما ضمن الشاهدين رد الضمان الخامس ورثه المقضى عليه رد الضمان بخلاف ما لو اشتراه ( الكل من العتابية ) .

## المادة ١٧٣٢ — لا اعتبار لكثرة الشهود يعني لا يلزم ترجيح شهود احد الطرفين لكثرتهم بالنسبة الى شهود الطرف الآخر الا ان يكون كثرتهم قد بلغت درجة التواتر .

لان الترجيح انما يكون بقوة الدليل لا بكثرته فلو وجد في احد

الطرفين شاهدان وفي الاخر اربعة فاكثرية الشهود لا تزيد قوة في الحجة لان كل بينة مع قطع النظر عن غيرها ، حجة مستقلة في تاثيرها وقد صرحوا في الاصول ان من التراجيح الفاسدة الترجيح بكثرة الدليل .

فعلى هذا لا يترجح قياس على قياس آخر يوافقه في الحكم بسبب تعدد العلل في احدهما دون الاخر لان هذا من قبيل تعدد الادلة . وتعددها لا يؤثر في الترجيح كعلة الربا هي الطعم عند الشافعي وعند مالك هي الطعم والادخار وكل واحد من العلتين يوجب حرمة بيع الحفنة بالحفنتين عندهما لا عند ائمتنا لان العلة عندهم الكيل او الوزن وهذا لا يجري في الحفنة والحفنتين .

فحيث كان الترجيح بقوة الدليل لا بكثرته فلا يقال يترجح قياس مالك مثلاً على قياس الشافعي في نحو العدس والحمص الملحق بالحنطة والشعير لوجود الطعم والادخار باعتباره ربويا دون ما وجد فيه الطعم فقط كالطبخ باعتباره ربويا عند الشافعي .

كذلك لا ترجح الآية بآية اخرى ولا الخبر بخبر آخر انما الترجيح يكون بقوة في ذات الدليل بان تكون تلك القوة وصفاً ذاتياً له كأن يكون احدهما نصاً والاخر ظاهراً او محكما والاخر محتملاً او متواتراً والاخر خبر الاحاد كما سيأتي في الفقرة الاستثنائية .

كذلك لا ترجيح بزيادة العدالة بان يكون شهود احد الطرفين ازيد عدالة من الطرف الاخر لانه متى وجد اثر العدالة اثرت وليس لها حد اه شرح مرآة المجلة عن المجمع مع زيادة ايضاح خلافاً لمالك قال بترجيح زيادة العدالة دون العدد وفرق بينهما بان الترجيح بالعدد يؤدي الى كثرة النزاع وطول المخاصمات فاذا ترجح احدهما بزيادة عدد سعى الآخر في زيادة عدد بينته وتطول الخصومة وتعطل الاحكام . واما العدالة فليس في قدرة احدهما ان يجعل بينته اعدل فلا يطول النزاع كذا في الفروق .

الا ان تكون كثرتهم قد بلغت درجة التواتر .

فان الكثرة الى هذه الدرجة يحصل منها هيئة اجتماعية تمنع التوافق على الكذب قال في شرح التلويح وحاصل الكلام في هذا المقام ان الكثرة ان ادت الى حصول هيئة اجتماعية هي وصف واحد قوى الاثر وكانت صالحة للترجيح والا فلا تصلح فالمرجح هو القوة لا الكثرة ان غايته ان القوة حصلت بالكثرة .

والحاصل ان الادلة العديدة اذا كان كل واحد منها مستقلا بنفسه لا ترجيح لها على الدليل الواحد — الا اذا حصل من كثرتها هيئة اجتماعية لان كثرة اجزاء العلة توجب قوتها بخلاف كثرة جزئياتها وعن هذا يترجح احد القياسين على الاخر بكثرة اصوله التي يقاس عليها لا بكثرة العلل

يتضح لك هذا في العلل الحسية للاحكام الشرعيه التي وقع الاجماع فيها على عدم الترجيح بكثرة العلة كانسان جرحه واحد جراحة وآخر عشر جراحات فمات متأثراً من ذلك كله كانت الدية عليهما نصفين في الخطأ ولا ينظر الى عدد الجراحات وانما ينظر الى الجارح لان الانسان قد يموت من جراحة واحدة ويسلم من عشر وقد يموت من عشر ويسلم من واحدة فلا ينظر الى كثرة العلل — نعم لو قطع انسان يده واخر رقبته فالقاتل هو الثاني فقط لان قطع الرقبة علة موجبة للموت قطعا وفي قطع اليد احتمال لجواز ان يعيش مقطوع اليد فكانت العلة في قطع الرقبة اقوى والله سبحانه اعلم .

المادة ١٧٣٣ — التواتر يفيد علم اليقين بناء عليه لا تقام البينة بخلاف المتواتر كما ذكر آنفاً .

اعلم اولا ان العلوم الضرورية تنحصر في ستة اقسام وذلك لان جزم

العقل بالحكم بعد طرفي القضية ان كان بمجرد تصور طرفيها لا يحتاج الى امر آخر يستعين به على التصديق فهي الاوليات نحو الواحد نصف الاثنين والمتناقضان اذا صدق احدهما كذب الاخر والاثنان اكثر من الواحد فهذه القضايا متى تصور العقل طرفيها يحكم بصحتها ضرورة بلا حاجة الى واسطة وان احتاج الى واسطة تنضم معه فتلك الواسطة لا تخلو اما ان تكون الحس الظاهر وتسمى المشاهدات كالحكم بان النار حارة والشمس مضيئة فادراك العقل لذلك يحتاج الى اللمس والبصر — واما الحس الباطن وتسمى الوجدانيات كالحكم بان لنا خوفاً وغضباً . وان كانت الواسطة ليست حساً ظاهراً . ولا باطناً فلا يخلوا اما ان تكون امراً لازما من لوازم القضية لا يعزب العقل عنها عند تصور الطرفين وتسمى الفطريات نحو الاربعة زوج فهذه القضية يحتاج العقل في تصديقها الى امر لازم لها وهو الانقسام الى متساويين ومن ثمة يقال لها قضايا قياساتها معها . تقول الاربعة زوج لانها منقسمة الى متساويين وكل منقسم الى متساويين زوج .

واما ان لا تكون الواسطة امراً لازما للقضية لكن بانضمامه للعقل يجزم العقل بالحكم بين طرفي القضية فهذا لا يخلوا اما ان تكون تلك الواسطة تكرار المشاهدة لان لوقوع المتكرر على نهج واحد لا بد له من سبب وان لم يعرف ما هيته قطعا وتسمى المجربات ويعبر عنها باطراد العادات نحو السقمونيا مسهل للصفراء والخمر مسكرة والخبز مشبع

واما ان تكون الواسطة كثرة المخبرين بامر ممكن مستند الى المشاهدة كثرة يمتنع بها تواطئهم على الكذب عادة وان جاز بالنظر للامكان الذاتي وتسمى المتواترات فهذه القضايا يجزم العقل بها بواسطة تكرر التأثير بدون تخلف على طريق القياس الخفي باعتبار انها سبب وكلما علم وجود السبب علم وجود المسبب .

فاذا تأملت هذا عرفت ان العقل انما حكم بالتصديق بعد التكرر على الحس بواسطة قياس خفي ارتسم فيه ولم يشعر به ولم يلتفت اليه ولم

يشغله بلفظ فكأن العقل يقول في المجربات او لم يكن هذا السبب يقتضيه لما اطرد في الاكثر ولو كان بالاتفاق لاختلف لكنه اطرد ويقول لو لم يكن الخبر حقا لما اتفق على الاخبار به الجمع الغير محصور مع اختلاف احوالهم لكن اتفقوا فيكون حقا ٠

واما ان تكون الواسطة حدسا او ظنا قويا من النفس يزول معه الشك ويحصل اليقين بمشاهدة القرائن وتسمى الحدسيات كالحكم بان نور القمر مستفاد من نور الشمس لما يرى من اختلاف تشكلات نوره بحسب اختلاف اوضاعه من الشمس وذلك انه يضيء دائما جانبه الذي يلي الشمس وينتقل ضوءه الى مقابلة الشمس فيحدس العقل بانه لو لم يكن نوره من الشمس لما كان ذلك فهي كالمجربات في تكرار المشاهدة ومقارنة القياس الخفي ٠

ومن نوع الحدسيات الموجبة لليقين ، القرينة القاطعة التي جعلوها من اسباب الحكم كما في مادتي ١٧٤٠ و ١٧٤١ فحيث كان التواتر من مدارك اليقين ومعدوداً من اليقينات السبع المتقدمة ، كان اقوى من الشهادة العادية عند التعارض في سائر المواضع والاحوال ، وقوته باعتبار الهيئة الاجتماعية كما بيناه في شرح المادة ١٧٣٢ غايته ان هذه القوة حصلت بالكثرة كالحبل المؤلف من شعرات

وفي شرح التلويح فان قيل جوز كذب كل واحد يوجب جواز الاخرين لعدم المنافاة مع ان المجموع ليس الا نفس الاحاد فجواز كذب كل واحد يوجب جواز كذب المجموع. وايضا يلزم جواز القطع بالنقيضين عند تواترهما. وايضا اذا عرضنا على انفسنا وجود اسكندر وكون الواحد نصف الاثنين نجد الثاني اقوى بالضرورة فلو كانا ضروريين لما كان بينهما فرق . وايضا الضروري يستلزم الوفاق وهو منتف في المتواتر لمخالفة السمنية والبراهمة .

اجيب اجمالا بانه تشكيك في الضروري فلا يستحق الجواب كشبه السوفسطائية - وتفصيلا بان حكم الجملة قد يخالف حكم الآحاد

كالعسكر الذي يفتح البلاد وتواتر النقيضين محال عادة ولا امتناع في اختلاف انواع الضروري بحسب السرعة والوضوح بواسطة الالف والعادة وكثرة الممارسة والاخطار بالبال ونحو ذلك مع الاشتراك في عدم احتمال النقيض والضروري لا يستلزم الوفاق لجواز المكابرة والعناد كالسوفسطائية .

## المادة ١٧٣٤ — كما لا يشترط لفظ الشهادة في التواتر كذلك لا تتحرى العدالة بناء عليه لا حاجة الى تزكية المخبرين .

لانه يوجب علم اليقين ضرورة كما تقدم حتى انه يحصل ذلك لمن لا يقدر على الاستدلال كالصبيان ولا يفتقر الى ترتيب قياس بالوجدان ولو اخبر جمع غير محصور من الكفار بوفاة ملكهم حصل لنا اليقين .

والتزكية في البينات انما هي للطمأنينة بصدق الشهادة لكونها ظنية بخلاف المتواتر . وعن هذا بطل قول من اعتبر العدد المعين نحو اثني عشر او عشرين او سبعين فالعبرة ان يكون من جمع وصل عدده الى حد يمتنع عند العقل تواطئهم فيه على الكذب فلو لم يمتنع عند العقل بان اخبروا بشيء يجوز فيه تواطئهم على الكذب لغرض كما شوهد ذلك في بعض الحوادث لا يكون متواتراً — وهذا ما نصت عليه المادة ١٧٣٥ الآتية ومثله في فتاوي علي افندي فلا يتوهم ان التواتر يتحقق بمقدار عشرة مثلاً اعني حدا قليلاً لا يمتنع العقل عنده من اعتقاد تواطئهم على الكذب .

ثم هذا الجمع ورد في عبارة الفقهاء بالفاظ مختلفة كقولهم ( اذا علمه كل صغير وكبير وعالم وجاهل ) ( اذا كان الخبر مستفيضا ) ( اي اذا كان مشهوراً ) ( يعرف الكل ) اي يعرف العامة الى غير ذلك من الالفاظ مرادهم بجميع ذلك التواتر .

ولكون التواتر حجة قطعية يقبل في سائر الاحوال على الاثبات والنفي سواء كان النفي صورة ومعنى او معنى لا صورة وسواء كان احد

الطرفين مدعيا او مدعى عليه قبل الحكم او بعده .

ففي الهندية عن الذخيرة اذا اقام رجل البينة على آخر انه قتل اباه عمدا في ربيع الاول فاقام المدعى عليه البينة انهم راوا اباه حيا بعد ذلك الوقت، او انه كان حيا واقرضه الف درهم بعد ذلك الوقت وانها عليه دينا ، او اقام رجل على اخر بينة انه اقرض فلانا اباه امس الف درهم وانها عليه دينا واقام الاخر البينة ان اباه مات قبل ذلك الوقت او اقامت امراة رجلين ان فلانا طلق امراته يوم النحر بالكوفة واقام فلان البينة انه كان ذلك اليوم حاجا بمنى فالبينة بينة المدعي ولا يلتفت الى بينة المدعى عليه الا ان تأتي العامة وتشهد بذلك فيؤخذ بشهادتهم وان كانت على النفي معنى لانها متواترة كما لا يخفى .

وبما ان التواتر الذي هو موضوع البحث هنا هو التواتر الذي يستند عليه احد الخصمين في اثبات مدعاه ، لا في الاخبار الواردة عن النبي صلى الله عليه وسلم في الاحكام الشرعية اختلفوا في الدرجة الموجبة لطمأنينة القلب على انه متواتر ففي البزازية لا بد من جماعة يقع العلم اي اليقين بخبرهم وقدره الامام الثاني بخمسين رجلا ومحمد بتواتر الخبر من كل جانب وعنه انه يفوض الى رأي الامام وعن خلف خمساية يبلغ قليل والبقالي الف ببخارى قليل - ولله در المجلة حيث قالت جما غفير لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب .

وعن هذا لفساد الزمان وقضاة اهله ذكر الفاضل علي افندي في شرحه انه صدر قرار من هيئة الفتوى خانه بان التواتر في الخصومات لا يكون اقل من عشرين ولمحكمة التميز قرار مؤرخ في ١٣ ايلول سنة ٣٠٩ مؤداه ان عدد شهود التواتر لا يكون اقل من خمسة وعشرين - وفي كلا القرارين شيء لان مثل هذا العدد قليل في بلدة كالاستانة ومصر لا يطمئن اليه القلب .

يقول العبد الضعيف وبمقتضى المجلة حيث كان المدار على حكم العقل وقناعته لامتناع اتفاقهم على الكذب وعدمه فكما ان قلة العدد وكثرته

تعتبر بحسب جسامة البلدة وصغرها على ما مر آنفاً من النقل كذلك ينبغي النظر في احوال المخبرين في حادثة الدعوى فقد يكون عشرون رجلًا من البلدة مشهورون بالعدالة والامانة والصلاح يطمئن القلب لخبرهم اكثر من خمسين ليسوا كذلك .

فان قلت اذا كان التواتر من اليقينيات لا تقام بينة على خلافه فلو وقعت حادثة وكل من الطرفين اقام عليها بينة التواتر يشكل الامر لان العمل بكل منهما يوجب الجمع بين النقيضين في الاثبات وابطال كل منهما يوجب الجمع بين النقيضتين في النفي وباحدهما دون الاخر ترجيح بلا مرجح فكيف الحكم ؟ الجواب اعلم ان التعارض وهو اقتضاء كل من دليلين عدم اقتضاء الاخر لا يقع في الاحكام فيستلزم الكذب والشرع منزه عن ذلك لكونه امارة العجز والجهل - واما ما يظهر لنا من التعارض في بعض المواضع فليس تعارضاً في نفس الامر بل بحسب ما يظهر لنا فهو تعارض صورة لا حقيقة لجهلنا بالمتقدم منهما فيكون منسوخا بالمتأخر او يحمل كل دليل على معنى يقتضيه فيرتفع التعارض الصوري .

واما في غير الشرعيات فيجوز وقوعه حقيقة كما في السوءال لكن لما كان موءديا الى التناقض وهو محال عقلًا وعادة نضطر في ذلك الى ترجيح احد المتواترين على الاخر بقدر ما يمكننا من تتبع القرائن او احوال المخبرين من الطرفين او كثرة العدد الى غير ذلك لنمنع به تواتر الآخر .

وهذا مصداق ما في فصول البدائع في القسم الثالث فيما فيه الاستفتاء قال ( لا تقليد في العقليات كوجود الباري وما يجوز ويجب ويمتنع من الصفات . وانما قال ابو حنيفة بان ايمان المقلد معتبر ، لمطابقة الواقع لا جواز التقليد فانه بالتقليد آثم ثم قال لنا اي دليلنا على عدم جواز التقليد في العقليات ان معرفة الله تعالى واجبة اجماعاً ويمتنع التقليد لوجوه ثلاثة الاول جواز الكذب على المخبر الثاني اجتماع النقيضين في الحقية اذا قلد اثنان اثنين في النقيضين ولم نقل اذا قلد واحد لاثنين لئلا يرد ان تقليد احدهما مانع

من تقليد الاخر عادة كما يمنع تواتر احد النقيضين من تواتر الاخر اه كلامه فهذه الفقرة الاخيرة افادت ان التعارض في غير كلام الله تعالى يقع لكن يمنع واحد منهما لاستلزام التناقض .

اذا عرفت هذا ظهر لك ان ما ذكره العلامة المرحوم الحمزاوي مفتي الشام في اخر كتابه ترجيح البينات في بحث التواتر انه تذاكر مع احد افاضل النواب في مسئلة استثناء الحصين الى التواتر فقال ذلك النائب تعارضا فتساقطا تخريجا على قولهم البينتان المتعارضتان تسقطان فاجابه بقوله قلت ذلك اي التعارض في الحجة الظنية الجائز تعارضها لا في القطعيات التي تعارضها محال فانقطع ) .

فيه نظر يقول الفقير كما ان النائب غير سديد حيث جعل التواتر بمنزلة البينات العادية في السقوط عند التعارض لجواب العلامة ايضاً بان التعارض في الحجج القطعية على الاطلاق لا يكون ، غير سديد لانه ان كان مراده في القطعيات الاحكام الشرعية الواردة عن الشارع فمسلم لما تقدم ان كلام الله ورسوله صلى الله عليه وسلم منزه عن ذلك لاستلزامه التناقض ، وان كان غير الاحكام الشرعية كما هو موضوع بحثه مع النائب فغير مسلم بل يقع وها هو قد وقع حيث استند الطرفان الى التواتر فنمنع احد المتواترين بالاخر كما ذكره في فصول البدائع بالترجيح باحد الاسباب المتقدمة .

فكانه تبادر الى فكره قول فصول البدائع ( كما يمنع تواتر احد النقيضين من تواتر الاخر ) انه لا يقع التعارض في القطعيات الغير الشرعية مع ان كلام الفصول تشبيه في منع التقليد في العقليات المؤدي الى التناقض بمنع احد المتواترين المتعارضين في غير الشرعيات لئلا يؤدي الى التناقض واصرح من هذا قوله ( كما يمنع تواتر احد النقيضين الخ ، فهذا ظاهر في ان المنع انما يكون لاحدهما لا لعدم الوقوع ويؤيده قول المحقق ابن الهمام في التحرير ( التناقض لا يتحقق في الاحكام الشرعية ) فلو لا انه قد يقع في غيرها لما قيد بها والله سبحانه اعلم .

ج - ٥

## المادة ١٧٣٥ - ليس في التواتر عدد معين للمخبرين ولكن يلزم ان يكونوا جماً غفيراً لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب

لان التحديد بعدد ، غير مستند الى دليل فالعبرة لما مشت عليه المجلة وهو الجم الغفير الذي الخ - واعلم ان للمخبر المتواتر شروطاً احدها ان يكون المخبرون بحيث يمتنع صدور الكذب منهم بصورة لا تنقطع سلسلته بان يكون اوله كآخره وآخره كاوله واوسطه كطرفيه . الثاني ان يكون المخبرون عالمين بما اخبروا به علما مستنداً الى الحس كالسمع والبصر لا الى غيره كدليل فانه لو اخبر اهل خوارزم مثلاً بحدوث العالم لا يحصل لنا العلم بخبرهم بل يحصل انما ذلك بالاستدلال . الثالث ان يكون المخبر به ممكناً مشاهداً ولو بالتجربة فلو اخبر جميع العالم بما هو مستحيل عقلاً او من المعقول الغير المشاهد لا يفيد اليقين الا خبر النبي صلى الله عليه وسلم في المعقول الغير المشاهد فانه حق

فان قيل ان الخبر يفيد بسبب التواتر فالعلم موقوف على التواتر كذلك لا يتحقق انه متواتر الا اذا افاد العلم فيستلزم الدور وهو توقف كل من التواتر والعلم على الآخر وهو باطل لاستلزامه توقف الشيء على نفسه اجيب بان العلم موقوف على نفس التواتر وتحقق التواتر ليس موقوفاً على نفس العلم بل على العلم بان العلم حصل بالتواتر فالموقوف عليه العام بالعلم والموقوف نفس العلم فلا دور .

ج – ٥

# الباب الثاني

## في بيان الحجج الخطية والقرينة القاطعة

## ويشتمل على فصلين

# الفصل الاول

## في بيان الحجج الخطية

اعلم ان الاقرار بالكتابة كالاقرار الشفاهي ولهذا قال في المبسوط من باب الاقرار بالكتابة اذا كتب الرجل ذكر حق على نفسه بشهادة قوم او كتب وصية ثم قال اشهدوا بهذا لفلان علي ولم يقرأ عليهم الصك ولم يقرأوه عليه فهذا جائز اذا كتبه بين ايديهم بيده او املاه على انسان فكتبه لان المكتوب معلوم لهم وهو بقوله اشهدوا بهذا لفلان علي ، صار مقراً بجميع ما في الكتاب مشهداً لهم على ذلك . ولا اظهار اتم من هذا فالاقرار بيان باللسان وذلك بالاملاء .

اقول ومن هذا ما ذكروه في باب كتاب القاضي الى القاضي وهو نقل الشهادة ويسمى الكتاب الحكمي فلا يعمل القاضي المكتوب اليه بموجبه الا اذا قرأه القاضي الكاتب على شهود الطريق عند الامام الاول والثالث واكتفى الامام ابو يوسف باشهادهم انه كتابه وعليه الفتوى ثم ذكر في المبسوط ما . لو كتب شخص لآخر كتاباً ولم يشهد عليه فقال – وان كتب رجل كتابا الى رجل من فلان الى فلان اما بعد

فان لك علي من قبل فلان كذا وكذا درهما وهذا جائز عليه اذا كتب ما يكتب الناس في الرسائل - وفي القياس لا يجوز هذا لان الكتاب محتمل قد يكون لتجربة الخط والقرطاس وقد يكون لتعلم كتب الرسالة والمحتمل لا يكون حجة ولكنه يجوز استحسانا للعادة الظاهرة بين الناس انهم انما يكتبون كتاب الرسائل بهذه الصفة لاظهار الحق واعلام ما عليه من الواجب .

يقول الفقير بمقتضى هذا الفرع الاخير حيث لم يكن اشهد على كتابته لو اعترف بكتابته وانكر الدين ففي القياس لا تكون كتابته هذه حجة ويكلف الطالب الى البينة . وفي الاستحسان يلزم بالدين ولا عبرة لجحوده اذا كان خطه مشهورا معروفاً عند الناس والا فيستكتب ويعرض على اهل الخبرة فان قالوا الخط خطه ، يلزم والا لا الا بالبينة ، وقد مشت المجلة على الاستحسان المرجح على القياس اذا كان سالماً من شبهة التصنيع والتزوير واعتبرته حجة وقد مر بيانه في الباب الرابع من كتاب الاقرار ولهذا قالت .

المادة ١٧٣٦ - لا يعمل بالخط والختم فقط ولكن اذا كان سالماً عن شبهة التزوير والتصنيع يكون معمولاً به يعني يكون مداراً للحكم لا يحتاج الى الثبوت بوجه آخر .

اي اذا كان المطلوب منكراً غير معترف بالحق ولا بالخط والختم فلا عبرة للخط والختم سواء كانا معاً او احدهما اذ يحتمل ان تكون الكتابة على سبيل التجربة ولان خطه قد يشبه خط غيره وكذلك الخاتم قد يشبه خاتم غيره بل ربما يصنع نظيره او يكون فقد من المدعى عليه ووقع في يد المدعي الى غير ذلك من الاحتمالات ولا حجة مع الاحتمال والتشابه . والتزوير في الختم اقرب وقوعاً من الخط حتى لو قال هذا الخاتم

ختمي لكن ما ختمته وانكر اصل الدين لا شيء عليه الا بالبينة او النكول ولو قال هو ختمي وختمته يلزمه .

ولكن اذا كان سالماً عن شبهة التزوير والتصنيع يكون معمولا به يعني يكون مداراً للحكم لا يحتاج الى الثبوت بوجه آخر .

فان الاعتراف بان الخط خطه او افادة اهل الخبرة اذا انكره اقرار حكما وان كان جاحداً للدين ما لم يوجد شائبة تصنيع او تزوير والشوائب كثيرة تدرك من وجود اثر حك او محو في السند ومن تتبع القرائن والامارات واحوال الطرفين واسباب الحادثه وغير ذلك .
ثم ان الخط والخاتم الخاليين من شائبة التصنيع والتزوير يعمل بهما باي صورة كما لو حرر سنداً عليه لفلان وسلمه اياه كما في المادة ( ١٦٠٩ ) او كتب في دفتر معاملاته المحفوظ عنده ان لفلان علي كذا وكذا كما في المادة ( ١٦٠٨ ) او وجد في صندقه صرة مكتوب عليها بخطه هذه امانة لفلان يعمل بجميع ذلك ولا حاجة الى الاثبات .

المادة ١٧٣٧ — البراءة السلطانية وقيود الدفاتر الخاقانية لكونها امينة من التزوير معمول بها .

ذكرنا في المادة قبلها لا يعمل بالخط والختم فقط قياساً الا اذا كانا سالمين من شائبة التصنيع والتزوير فيعمل استحسانا وكان محط الكلام هناك ان المدار على الامن من التزوير ولهذه العلة قال في الحامدية واشار العلامة البيري الى ان قولهم لا يعتمد على الخط ولا يعمل بمكتوب الوقف الذي عليه خطوط القضاة الماضين الخ يستثنى منه ما وجده القاضي في

ايدي القضاة الماضين وله رسوم في دواوينهم ويشير اليه ما قدمه في الاسعاف من ان ذلك لستحسان واستثنى ايضا ما في الاشباه تبعا لقاضيخان والبزازية وغيرهما خط البياع والسمسار والصراف فيما عليهم وجزم به في البحر فهو حجة وان لم يكن معنونا ظاهراً بين الناس وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم يجب ان يكون حجة للعرف .

ثم قال بعده قال العلامة العيني والبناء على العادة الظاهرة واجب اذ لم تجر العادة في هذه المواضع ان يكون الخط على سبيل التجربة والهزل فلو لم يعمل بها لزم ضياع اموال الناس اذ غالب بياعاتهم بلا شهود فلهذه الضرورة جزم به الجماعة المذكورون — وهذا في البرآت السلطانية والدفاتر الخاقانية ، من باب اولى اما البرآت السلطانية فالعادة انها اذا صدرت ارادة السلطان تكتب وتقيد في قلم الديوان وهذا القيد يحافظ عليه في مكانه المحفوظ ويترتب الجزاء الشديد على من يمس ذلك بادنى تصنيع او تزوير فلو صدر مثلاً امر سلطاني بان الدعوى الفلانية بعد ذلك لا تسمع ووجد ذلك مقيداً على اصوله المذكورة ، يعمل به ولا حاجة الى الاثبات .

واما قيود الدفتر الخاقاني ففي ايام السلاطين الماضية من آل عثمان وبالاخص السلطان سليمان والسلطان مراد الثالث كانوا انتخبوا رجالا من اهل الفضل والاستقامة ليصير التحري بمعرفتهم بكمال الاعتناء والتدقيق من جميع القرى والمزارع والمراعي الموجودة في المملكة العثمانية المربوطة لجهة من الجهات ويصير قيدها بصورة خالية من كل شبهة . وعليه صار الاعتناء على هذا الوجه وحصل ذلك وهي محفوظة الان بصناديق الحديد المقفولة بالاقفال المتينة مع كمال المحافظة عليها بحيث لا يمكن الوصول اليها لاحد — فلو فرض صدور امر سلطاني بتبديل مربوطية قرية او مزرعة عن مربوطيتها القديمة لمصلحة، فعلى الاصول المرعية بعد تلاوة الفرمان بحضور امين الدفتر الخاقاني تقيد خلاصته على حاشية القيد الاصلي بخطه تحت امضائه وختمه فيعاد الى مخزنه المخصوص لحفظه . ويحافظ على ذلك الفرمان ايضاً بمعرفة ماموره المخصوص وهذه المعاملات الوثيقة لم يطرأ عليها خلل

الى يومنا هذا فهي سالمة من شبهة التصنيع والتزوير فلو وجد في تلك الدفاتر ان المكان الفلاني وقف على المدرسة الفلانية يعمل بـه من غير بينة فهذه الدفاتر مقصورة على ما يتعلق بالتأسيسات الخيرية العائدة للعموم لا في الاراضي والعقارات الملكية الخصوصية المقيدة في عهدة زيد وعمرو وما هو بالتصرف لاحد بالاجارتين ولا في الاوقاف الذرية فامثال هذه مقيدة في ادارة السندات ، غير امينة من التصنيع والتزوير .

وكثير من الحكام من يظن ان قيود ادارة السندات والسند التي تعطى منها هي مدار للحكم بلا بينة وهو غلط موجب لاضاعة حقوق العباد . ثم وان نشر في بعض القوانين انـه على العموم يلزم العمل بالقيود الخاقانية بلا بينة - لكن اذا لم تكن القيود الخاقانية حائزة الصفة المطلوبة الموجبة للعمل بها فلا الا بالبينة .

فلو ادعى زيد على عمرو ان الارض التي بيدك هي لي لان صاحب الارض فرغها لي وابرز سنداً من مأمور الدفتر الخاقاني لا يعمـل بمجرد السند لانه مجرد خط كما في المـادة ( ١٧٣٦ ) نعم يعمل اذا تبينت كيفية الفراغ بصورة سالمة من شائبة التصنيع بان وجـد امضاء المدعى عليه بخطه مكتوبا في اوراق الفراغ انه اقر واعترف بالبيع فيعمل حينئذ كما في احكام المادة ( ١٦٠٦ ) و ( ١٦٠٩ ) و ( ١٦١٠ ) .

المادة ١٧٣٨ - يعمل ايضاً بسجلات المحـاكم اذا كانت قد ضبطت سالمة عن الفساد والحيلة على الوجـه الذي يذكر في باب القضاء .

وسلامتها اذا روعيت فيها الشروط المندرجة في تعليمات السندات الشرعية التي صار نشرها بموجب الارادة السلطانية بتاريخ ٤ جمادي الاولى سنة ١٢٩٦ فراجعها لانها تكون خاليـه من الفساد والحيلة وان لم تكن كذلك لا

يؤمن من وقوع تصنيع او تزوير فلا يعمل بها حينئذ الا اذا شهد الشهود على ان الحاكم حكم بمضمونها عند المرافعة بحضورهم وليس على شهود الحكم ان يذكروا اسماء الشهود الذين حكم القاضي بشهادتهم كما في بهجة الفتـاوي .

والحاصل ان سجل الحاكم متى كان محفوظاً بيد الامناء على الوجه المحرر في التعليمات لا يزور عـادة ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١٠ كانون الاول سنة ١٣٠٣ مؤداه انه لا يجوز العمل بسجل المحكمة اذا لم يكن ممضي من الرئيس ورئيس الكتاب ج م عدد ( ٧٥٥ ) .

المادة ١٧٣٩ — لا يعمل بالوقفية فقط ولكن اذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليـه تكون معمولا بها على ذلك الحال .

لان التسجيل اذا استكمل فيه شرائط تعليمات السندات الشرعية يكون موثوقاً به فاو كان عقار في ملكية زيد يتصرف به تصرف الملاك وادعى عليه آخر انه وقف وابرز من يده وثيقة تتضمن انه وقف عليها خطوط القضاة واسماء الشهود لا يعمل بها لان الخط يشبه الخط فلا بد من الاثبات على مضمونها لكن اذا كانت مسجلة في سجل القاضي المحفوظ يعمل بها لان سجله المحفوظ لا يكون مزوراً عادة .

وفي الفتاوي الحامدية سئل فيما اذا كان بيد زيد ارض معلومة متصرف فيها بطريق الارث بلا معارض له ولمورثه قبله من مدة تزيد عن ستين سنة والان قام ناظر وقف اهلي يعارضه فيها مدعيـاً جريانها في الوقف المزبور مستنداً في ذلك لمجرد ذكرها في كتاب وقف بيده منقطع الثبوت ولم يسبق له ولا لمن قبله وضع يد عليها لجهة الوقف فهل حيث كان الامر كذلك يمنع الناظر من معارضة زيد فيها ويعمل بوضع اليـد

والتصرف ولا عبرة لمجرد ذكر الارض في كتاب الوقف بدون سبق تصرف شرعي لجهة الوقف المزبور ، الجواب نعم لان حجج الشرع ثلاثة البينة والاقرار والنكول .

وسئل فيما اذا وجد شرط في كتاب وقف منقطع الثبوت ولم يسبق للقوام السابقين تصرف بـه اصلاً فقام رجل من الذرية يكلف الناظر التصرف به بمجرد ذكره في كتاب الوقف فهل ليس له ذلك ، الجواب لا يعمل بمجرد ذكره في كتاب الوقف المذكور ويكلف الرجل اثباته على تلفظ الواقف به ولكونه شرطاً لا تقبل فيه الشهادة على السماع بخلاف الشهادة بالسماع على اصل الوقف . لكن في فتاوي الشيخ اسماعيل ان الناظر لو اعترف في كتاب الوقف المنقطع الثبوت المشتمل على ذلك الشرط يجبر على التصرف بمقتضاه .

# في بيان القرينة القاطعة

## المادة ١٧٤٠ — احد اسباب الحكم القرينة القاطعة

اعلم اولا ان طريق القاضي الى الحكم يختلف باختلاف المحكوم به . والطريق فيما يرجع الى حقوق العباد المحضة عبارة عن الدعوى والحجة وهي اما البينة او الاقرار او اليمين او النكول عنه او القسامة وهي من نوع ما اخذ فيه بالقرائن كما سيأتي او علم القاضي على خلاف المفتى به في زماننا او القرائن الواضحة كالمثال في المادة ( ١٧٤١ ) كذا في قضاء رد المحتار عن ابن الغرس . اما البينة والاقرار واليمين والنكول عنـه فكل منها مسطور في كتاب الدعوى والشهادة والاقرار . واما حكم

القاضي بعلمه فكما لو شاهد حادثة في غير مجلس الحكم كاقراض زيد لعمرو ٠الا لم تذكره المجلة لعدم الفتوى به في زماننا . واما القسامه فكما لو وجد قتيل في محله ولم يعلم قاتله يختار ولي القتيل خمسين رجلاً يحلف القاضي كل رجل اليمين على انه لم يقتله ولم يعلم قاتله فاذا حلفوا تفرض الدية على جميع اهل المحلة ومن نكل ، ينظر ان كان ولي القتيل يدعي قتلا موجباً للقصاص حبس الناكل حتى يقر او يحلف وان موجباً للدية يحكم بها عليه كما في سائر المتبدات .

المادة ١٧٤١ — القرينة القاطعة هي الامارة البالغة حد اليقين مثلاً اذا خرج احد من دار خالية خائفاً مدهوشاً في يده سكين ملوثة بالدم فدخل في الدار ورؤى فيها شخص مذبوح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ولا يلتفت الى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يكون الشخص المذكور ربما قتل نفسه راجع المادة ( ٧٤ ) .

فالقول بانه ذبحه آخر ثم تسور الحائط او انه ذبح نفسه ، احتمال بعيد لا يلتفت اليه اذ لم ينشأ عن دليل — والقرينة القاطعة هي التي تصير الامر في حيز المقطوع — وفي معين الحكام قال بعض العلماء على الناظر ان يلحظ الامارات والعلامات اذا تعارضت فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح وهو قوة التهمة ولا خلاف في الحكم بها وفي تبصرة الحكام قال الله تعالى ( تعرفهم بسيماهم ) دل على السيما المراد بها حال يظهر على الشخص . والامارات مأخوذة من الشريعة قال الله تعالى ( وجاءوا على قميصه بدم كذب ) قال عبد المنعم بن الفرس روى ان اخوة يوسف عليه الصلاة والسلام لما اتوا بقميص يوسف الى ابيهم يعقوب عليه السلام تامله فلم

يجد فيه خرقاً ولا اثر ناب فاستدل بذلك على كذبهم وقال متى كان الذئب حليما يأكل يوسف ولا يخرق قميصه .

قال القرطبي في التفسير لما ارادوا ان يجعلوا الدم علامة صدقهم فرق الله بهذه العلامة علامة تعارضها وهي سلامة القميص من التمزيق اذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص واجمعوا على ان يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بصحة القميص فقال ( بل سولت لكم انفسكم امراً ) وورد في السنة ان النبي صلى الله عليه وسلم حكم بموجب اللوث في القسامة وجوز للمدعين ان يحلفوا خمسين رجلاً يميناً ويستحقوا دم المقتول فاستدل الفقهاء من ذلك على اعمال الامارات في مسائل كثيرة من الفقه .

وقد اورد في معين الحكام مسائل عديدة متفرقة في ابوابها اتفقت عليها المذاهب الاول قالوا يجوز وطىء الرجل المرأة اذا اهديت اليه ليلة الزفاف وان لم يشهد عنده عدلان من الرجال ان هذه فلانة بنت فلان التي عقدت عليها وان لم يستنطق النساء ان هذه امرأته اعتماداً على القرينة الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة . الثاني ان الناس قديماً وحديثاً لم يزالوا يعتمدون على قول الصبيان والاماء المرسل معهم بالهدايا وانها مرسلة اليهم فيقبلون اقوالهم ويأكلون الطعام المرسل به . الثالث انهم يعتبرون اذن الصبيان في الدخول الى المنزل . الرابع ان الضيف يشرب من كوز صاحب البيت ويتكىء على وسادته ويقضي حاجته في مرحاضه من غير استئذان ولا يعد في ذلك متصرفاً في ملكه بغير اذنه الخامس جواز اخذ ما يسقط اذا لم يعرف صاحبه مما لا يتبعه الانسان كالفلس والثمرة والعصا التافهة الثمن ونحو ذلك السادس جواز اخذ ما يبقى في الحوائط والاقرحة من الثمار والحب بعد انتقال اهله عنه وتخليته وتسييبه . السابع جواز اخذ ما يسقط من الحب عند الحصاد مما لا يعتني صاحب الزرع بلقطه . الثامن ان صاحب المنزل اذا قدم الطعام للضيف جاز له الاقدام على الاكل وان لم يأذن له لفظاً اذا علم ان صاحب الطعام

قدمه له خاصة وليس ثمة غائب ينتظر حضوره اعتباراً بدلالة الحال الجارية مجرى القطع . التاسع انه صلى الله عليه وسلم جوز للمار بثمر الغير ان يأكل من ثمره ولا يحمل منه شيئا وحمل ذلك بعضهم على غير المحوط وما ليس له حارس .

العاشر جواز قضاء الحاجة في الاقرحة والمزارع التي فيها الطرقات العظام بحيث لا ينقطع منها المارة وكذلك الصلوة فيها وان كانت مملوكة ولا يكون ذلك غصبا لها ولا تصرفا ممنوعا .

الحادي عشر الشرب من المصانع الموضوعة على الطرقات وان لم يعلم الشارب اذن اربابها في ذلك لفظا اعتماداً على دلالة الحال ولكن لا يتوضا منها لان العرف لا يقتضيه الا ان يكون هناك شاهد حال يقتضى ذلك فلا بأس بالوضوء حينئذ .

الثاني عشر قولهم في الركاز اذا كان عليه علامة المسلمين ككلمة الشهادة سمي كنزاً وهو كاللقطة وان كان عليه شكل الصليب او الصور او اسم ملك من ملوك الروم فهو ركاز . ونص كلام صاحب الهداية هنا وان وجد ركاز اي كنز وجب الخمس عليه ثم قال في آخره ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمه . وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه اسم الصنم ففيه الخمس على كل حال اهـ . فهذا عمل في المعاملات فتامل ذلك .

الثالث عشر اذا استاجر دابة جاز له ضربها اذا قصرت في السير اي الضرب المعتاد وان لم يستاذن مالكها .

الرابع عشر جواز اذن المستاجر للدار لاضيافه واصحابه في الدخول والمبيت وان لم يتضمن ذلك عقد الاجارة .

الخامس عشر جواز غسل المستاجر الثوب المستاجر اذا اتسخ وان لم يستاذن الموجر في ذلك .

السادس عشر اذا وجد هديا مشعراً منحوراً وليس عنده احد ، جاز الاكل

منه للقرينة الظاهرة .

السابع عشر لو اشترى طعاماً او حباً في دار رجل فله ان يدخل داره من الدواب والرجال من يحول ذلك وان لم يأذن له المالك .

الثامن عشر القضاء بالنكول واعتباره في الاحكام وليس هذا الا الرجوع الى مجرد القرينة الظاهرة فقدمت على اصل براءة الذمة .

التاسع عشر قال اصحابنا اذا تنازع الزوجان في متاع البيت فان للرجل ما يعرف للرجال والمرأه ما يعرف للنساء وقد تقدم في بابه

العشرون معرفة رضى البكر بصمتها اعتماداً على القرينة الشاهدة بذلك

الحادي والعشرون اذا دخل الرجل بامرأته وارخى الستر عليها ثم طلق وقال لم امسها وقالت قد وطئني صدقت وكان عليه الصداق كاملاً

الثاني والعشرون اذا وجد في تركة ابيه بخط ابيه ان له عند زيد كذا جاز له الدعوى بذلك اعتماداً منه على صحة ما يكتبه ابوه لما يعلمه من صدقه وتثبته فيما يضع به خطه .

الثالث والعشرون لو اشترى سمكة فوجد في بطنها جوهرة مثقوبة، فعليه تعريفها وان كانت غير مثقوبة مما يعلم ان الملاك لم تتداولها قال في المحيط عن النوادر لو اشترى صدفة او سمكة فوجد فيها لؤلؤة فهي للمشتري لانها تتولد من الصدف فصارت كالبيضة في بطن الدجاجة والسمك يأكل ما في البحر فصار تبعاً له كما لو وجد سمكة في بطن سمكة ولو اشتري دجاجة فوجد فيها اللؤلؤة فهي للبائع لانها لا تتولد من الدجاجة بل ابتلعتها ملك الغير انظر تمام ذلك في المحيط في باب بيع ما هو على خطر الوجود .

الرابع والعشرون جواز شهادة الشاهد على القتل الموجب للقصاص انه قتله عمداً انما محضا وهو لم يقل قتلته عمداً والعمدية صفة قائمة بالقلب فجاز للشاهد ان يشهد بها اكتفاء بالقرينة الظاهرة .

الخامس والعشرون وجوب الحد على من وجدت منه رائحة او قيءها

السادس والعشرون انعقاد التبايع بالمعاطاة من غير لفظ اكتفاء بالقرائن

والامارات الدالة على الرضا .

السابع والعشرون منعوا سماع الدعوى التي لا تشتبه بالصدق غير ان العرف يدل على كذبها كدعوى رجل الدار بيد حائز التصرف بالهدم والعمارة مدة والمدعي مشاهد ساكت فان ذلك قرينة دالة على كذب الدعوى .

الثامن والعشرون دعوى المرأة الاستكراه في الزنى وهي متعلقة بالمدعى عليه او بها اثر او امارة كالصياح وشبه ذلك فان ذلك قرينة يدرأ عنها الحد لأجلها الى غير ذلك من القرائن القاطعة .

المادة ١٧٤٢ — احد اسباب الحكم اليمين او النكول عنه ايضاً وهو انه اذا اظهر المدعي العجز عن اثبات دعواه يحلف المدعى عليه بطلبه ولكن اذا ادعى احد على آخر بقوله انت وكيل فلان وانكر الوكالة فلا يلزم تحليفه . كذلك اذا ادعى كل من الشخصين المال الذي في يد آخر بانه اشتراه منه واقر المدعى عليه بانه باعه لاحدهما وانكر دعوى الآخر فلا تتوجه عليه اليمين . والاستئجار والارتهان والاتهاب كالاشتراء في هذا الخصوص احد اسباب الحكم اليمين او النكول عنه .

لكن الحكم بناء على اليمين يكون قضاء ترك بخلاف النكول ثم لا بد من سؤال القاضي المدعي بعد انكار الخصم هل يطلب التحليف ليتمكن من الاستحلاف لان النبي صلى الله عليه وسلم قال للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سئل ورتب اليمين على فقدان البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف ولا بد من طلب المدعي اليمين كما في المادة ١٨١٨ لان اليمين حقه وقد يكون له راي في تأخير الاستحلاف

فربما يرجو ان يحضر شهوده ولا يأمن ان تكون خصومته عند قاض لا يرى قبول البينة بعد الاستحلاف فيؤخر استحلافه لذلك ( مبسوط ) .

وفيه الاستحلاف يكون في كل موضع يجوز فيه القضاء بنكول المدعى عليه ولهذا لا يستحلف في الحدود لانه لا يقضى فيها بالنكول . والنكول قائم مقام الاقرار وفي الحدود الخالصة لله تعالى لا يجوز اقامتها بالاقرار بعد الرجوع فكيف تقام بالنكول الا انه يستحلف في السرقة ليقضى عند النكول بالمال دون القطع

وانما كانت اليمين حق المدعي لان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا كما يزعم وهو اعظم من اتواء المال . وان صادقاً يحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم - ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة ولا عبرة لليمين عند غيره - ولو حلفه القاضي بغير طلبه ثم طلب المدعي التحليف فله ان يحلفه ثانياً كما في العمادية ولو حلف لا يبطل حق المدعي حتى لو اقام بينة بعد اليمين تقبل وهو الصحيح لقول شريح اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة والتحليف انما يكون من القاضي فلو حلف بطلب المدعي بغير استحلاف القاضي فهذا ليس بتحليف لان التحليف حق القاضي ولو اصطلحا على ان يحلف عند غير القاضي ويكون بريئاً فهو باطل بحر عن البزازية - واشار الى ان ابراء المدعي عن التحليف غير صحيح لكونه حق القاضي كما في البزازية ايضاً . وفيه عن منية المفتي حلفه في مجلس قاض ليس له ان يحلفه ثانياً ولو حلفه عند قوم له ان يحلف ثانياً عند القاضي .

واعلم انه يحلف بلا طلب في اربعة مواضع عند ابي يوسف في الرد بالعيب يحلف المشتري بالله ما رضيت بالعيب والشفيع بالله ما ابطلت شفعتك والمرأة اذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما خلف لك زوجك الغائب شيئا ولا اعطاك النفقة . والرابع يحلف المستحق بالله ما بعت ولا خرج عن ملكك بوجه من الوجوه واجمعوا على ان من ادعى ديناً على الميت يحلفه

القاضي بلا طلب الوصي والوارث بالله ما استوفيت من المديون ولا من احد اداه اليك عنه ولا قبضه لك قابض بامرك ولا ابرأته منه ولا شيئاً منه ولا احلت بشيء من ذلك احداً ولا عندك بشيء منه رهن .

قال في البحر ولم ار حكم من ادعى انه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغي ان يحلف وفيه عن المحيط ذكر محمد في الاستحلاف لو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب ما ادري قيمته ولكن علمت ان قيمته لم تكن مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه ويجبر على البيان لانه اقر بقيمة مجهولة فاذا لم يبين يحلف على ما يدعي المغصوب منه في الزيادة فان حلف يحلف المغصوب منه ايضاً ان قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب مائة فاذا اخذ ثم ظهر الثوب فالغاصب بالخيار ان شاء رضي بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه وان شاء رد الثوب واخذ القيمة وهو انه اذا اظهر المدعي العجز عن اثبات دعواه يحلف المدعى عليه بطلبه ، لان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة وهذا قول ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه مشت عليه المجلة . فلو قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف وقيل لخصمه اعط كفيلًا بنفسك ثلاثة ايام . وقيد بقوله قال المدعي الخ لانه لو كان له بينة عادلة حاضرة ولم يخبر القاضي بها فهو مخير بين الاستحلاف وبين اقامة البينة .

واظهار العجز ان يقول لا بينة لي او هي غائبة عن المصر مدة سفر او انهم امتنعوا عن اداء الشهادة او في المصر الا انهم مرضى بخلاف ما لو قالوا هم في المصر او في محل بينه وبين المصر دون مدة سفر فلا يكون عجزاً — وانما اشترط العجز لان اليمين كالخلف عن البينة فلا يصار اليه الا عند العجز عنها ولكن ينبغي ان يعلم انه في كل موضع لو اقر لزمه فاذا انكره يستحلف الا في مسائل لا تحليف فيها منها خمس مسائل ذكرتها المجلة الاولى :

اذا ادعى احد على آخر بقوله انت وكيل فلان

باداء دينه مثلاً والا فمجرد الوكالة لا تصح الدعوى بها الا في ضمن دعوى حق وانكر الوكالة فلا يلزم تحليفه لعدم الفائدة ان نكل اذ له ان يعزل نفسه وانكاره الوكالة استعفاء عنها لكن اذا تعلق بهـا حق الغير كالوكيل ببيع الرهن لا يملك عزل نفسه وهل يستحلف لم اجد الان نقلاً صريحا وينبغي تحليفه تفقها لان في نكوله انكاراً لما يجبر عليه من العمل رعاية لحق الغير فيحلف — كذلك اذا وكل المدعى عليه وكيلاً بالخصومة مع المدعي بالتماس المدعي فعزله المدعى عليه بغير حضرة المدعي لا ينعزل لما ذكرنا ( وكالة البدائع ) الثانية :

[ كذلك اذا ادعى احد كل من الشخصين المال الذي هو في يد آخر بانه اشتراه منه ]

ينظر فان انكر يحلف لكل منهما طبقا لقاعدة لو اقر بشيء لزمه فاذا انكره يستحلف

ولكن لو اقر المدعى عليه بانه باعه لاحدهما وانكر دعوى فلا تتوجه عليه اليمين الاخر

بعد ذلك لانه باقراره صار ملكا للمقر له فلا فائدة حينئذ بتحليفه للآخر اذ لو نكل يصير اقراراً على الغير فلا يجوز وهذه المسئلة مذكورة في الفتاوي الهندية في الفصل الثالث من اليمين .

قيد بالشراء احترازاً عن الغصب والوديعة فعند ابي يوسف يحلف في الغصب فقط وعند محمد فيه وفي الوديعة ايضا وان نكل يضمن البدل .

واعلم ان الحكم المار هو في دعوى الاملاك المقيدة بسبب . واما الاملاك المرسلة اي المطلقة فقد ذكر في الهندية من الفصل المذكور ما خلاصته : في يده عين جاء رجلان كل منهما يدعي انها له او انها له غصبها ذو اليد منه او اودعها عنده فسئله القاضي فان اقر لاحدهما وجحد للآخر يؤمر بالتسليم للمقر له ولا يحلف للآخر بل للآخر الخصومة مع

المقر له يمني في المطلق . وفي دعوى الغصب والوديعة يحلف للغصب لا الوديعة عند ابي يوسف فان حلف برئ. وان نكل قضي له عليه بقيمتها وهكذا الحكم في الوديعة عند محمد ، ولو جحد دعوى الاثنين قال بعض المشايخ يحلف لهما يمينا واحدة بالله ما هذه العين لهما لا لهذا ولا لهذا وقال بعضهم يحلف لكل واحد يمينا على حدة والرأي للقاضي يبدأ بايهما اراد وان شاء اقرع بينهما .

ثم اذا حلف لكل واحد يمينا على حدة فالمسئلة على ثلاثة اوجه ان حلف لهما برئ من دعواهما وان حلف لاحدهما ونكل عن الآخر قضي لمن نكل عنه بكل العين . واذا نكل ابتداء ثم حلف للآخر ينبغي للقاضي ان لا يعجل بالقضاء للاول بل يحلف للآخر وينظر حاله معه اي ان نكل للثاني ايضاً ، يقضى لهما بالعين فقط في دعوى الملك المطلق وبها وبالقيمة في دعوى الغصب عند ابي يوسف . ومثله الوديعة عند محمد ولو نكل لهما جملة بان حلفه القاضي لهما يمينا واحدة كما هو قول بعض المشايخ او نكل لهما على التعاقب بان حلفه القاضي لكل منهما على حدة ، فالحكم في الوجهين واحد في دعوى الملك المطلق يقضى بالعين بينهما وفي دعوى الغصب يقضى بالعين وبقيمتها عند ابي يوسف ومثل الغصب في الحكم الوديعة عند محمد .

وجه قول الامام محمد ان اقراره بها لاحدهما تسليط للمقر له على اخذها وهذا ترك لحفظها في حق الآخر فيضمن . وجه قول ابي يوسف ان تسليمه لم يكن باقراره بل بحكم الحاكم وهو العلة القريبة فلا يضمن الثالثة والرابعة والخامسة ما افادته بقولها

## والارتهان والاتهاب كالاشتراء في هذا الخصوص

وهو عدم التحليف فلو ادعى شخصان على رجل بعين في يده احدهما انه اشتراها منه بثمن معلوم والآخر انه استأجرها او ارتهنها منه فاقر لاحدهما بالشراء لا يحلف لاجل دعوى الآخر بانه استأجرها او ارتهنها

لعدم الفائدة لان تلك العين بعد ما صارت ملك المقر له بالاقرار لا يصح جعلها لغيره بنكوله عن اليمين ( راجع المادة ٩٦ ) .

ولو اقر اولا لمدعي الارتهان او الاستئجار فهذا غير مانع من تحليفه لمدعي الشراء لكون العين باقية على ملكه فان حلف ، انتهت وان نكل ، ثبت الشراء لمدعيه وهو بالخيار ان شاء صبر الى انتهاء مدة الاجارة او فك الرهن وان شاء فسخ البيع .

## تتمة

تضمنت هذه المادة عدم التحليف في المسائل الخمس واوصلها في الخانية الى ستة وثلاثين بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه ومن المختلف فيه المذكور في كتاب الدعوى وهي النكاح سواء انكره الزوج او المراة ، والرجعة جحدها هو او هي بعد عدة ، والفيء في الايلاء انكره احدهما بعد المدة والاستيلاد تدعيه المراة ، والرق والنسب والولاء والحد واللعان - فهذه الاشياء لا تحليف فيها عنده خلافا لهما فارجع اليها هناك . وقد اوصلها العلائي في آخر كتاب الوقف الى نحو اثنين وخمسين ننقلها اكمالا للفائدة .

في تزويج البنت صغيرة او كبيرة اي اذا ادعى عليه انه زوجه ابنته صغيرة او كبيرة فانكر لا يستحلف وعندهما يستحلف الاب في الصغيرة . وفي تزويج المولى امته لا يستحلف خلافا لهما ، وفي دعوى الايصاء بان ادعى على رجل انك وصي الميت فادفع لي ديني من تركته فانكر ، وفي دعوى الدين على الوصي ، وفي الدعوى على الوكيل في المسئلتين كالوصي بان ادعى الدائن على الوكيل بالوكالة فانكرها او ادعى عليه الدين وهو ثابت الوكالة فانكره ففي المسئلتين لا يحلف كالوصي فيهما ، وفيما اذا ادعى احدهما الصدقة والقبض والآخر الشراء فاقر لاحدهما لا يحلف ، وفيما اذا ادعى كل منهما الاجارة فاقر لاحدهما او نكل

لا يحلف بخلاف ما اذا ادعى كل منهما على ذي اليد الغصب منه فاقر لاحدهما او حلف لاحدهما فنكل يحلف للثاني كما لو ادعى كل منهما الايداع فاقر لاحدهما يحلف للثاني وكذا الاعارة ويحلف ماله عليك كذا ولا قيمته كذا وكذا فاستخرج ذلك مما قدمناه وفيما اذا ادعى البائع رضي الموكل بالعيب لم يحلف وكيله ، وفيما اذا انكر توكيله له بالنكاح لا يحلف لانه في الحقيقة انكار للنكاح ، وفيما اذا اختلف الصانع والمستصنع في في المأمور به لا يمين على واحد منهما وكذا لو ادعى الصانع على رجل انه استصنعه في كذا لا يحلف ، وفيما لو ادعى انه وكيل عن الغائب بقبض دينه وبالخصومة فانكر لا يستحلف المديون لانه لو نكل يلزمه الدفع وهو ضرر به اذ قد لا يصدق الموكل الوكيل عند حضوره فيضيع عليه ما دفعه ان هلك عند الوكيل بلا تعد فلا بد من البينة لمن يدعي الوكالة ، وفيما لو ادعى على الامر رضاه وصورتها كما في رد المحتار اشترى الوكيل شيئا فظهر به عيب فاراد الآمر اي الموكل رده بالعيب فادعى البايع على الآمر انك رضيت بالعيب لا يحلف الآمر لان الرد يثبت للوكيل ما دام حيا ولوصيه من بعده لا للموكل ، وفي الوكيل بقبض الدين اذا ادعى المديون ان الموكل ابرأه عن الدين وطلب يمين الوكيل على العلم لا يحلف وان اقر لزم الوكيل بمقتضى اقراره وهو ترك المخاصمة معه لا انه يلزم الموكل ما اقر به وكيله ( رد محتار عن ط ) .

وفي البايع اذا انكر قيام العيب للحال لا يحلف عند الامام يبرهن المشتري انه ابق عنده لتتوجه الخصومة على البائع وهذه خلافية - وفي الشاهد اذا انكر رجوعه لا يستحلف ولو اقر به ضمن ما تلف بها ولا يستحلف الاب في مال الصبي ولا الوصي في مال اليتيم ولا المتولي للمسجد والاوقاف الا اذا ادعى عليهم العقد فيحلفون بان ادعى على احدهم انه آجر كذا من مال الوقف او الصبي مثلا وانكر فانه يحلف لمن ادعى الاستئجار

وفيما لو ادعى على رجل شيئا واراد استحلافه فقال المدعى عليه هو لابني الصغير لا يحلف لكن في فتاوي الفضل انه يحلف فهي خلافية

وفيما لو اشترى الاب لابنه الصغير داراً ثم اختلف مع الشفيع في مقدار الثمن فالقول للاب بلا يمين كما في اكثر كتب المذهب .

وفيما لو ادعى السارق انه استهلك المسروق ورب المسروق انه قائم عنده فالقول للسارق ولا يمين عليه . وفيما لو وهب لرجل شيئا واراد الرجوع فادعى الموهوب له هلاك الموهوب فالقول قوله ولا يمين عليه ( خانية ) وغيرها .

وفيما لو قال الواهب اشترطت العوض وقال الموهوب له لم تشترطه فالقول للموهوب له بلا يمين لان الاصل في الهبة ان تكون بلا عوض . وفيما لو اشترى العبد شيئا فقال البائع انت محجور وقال العبد انا مأذون فالقول له بلا يمين لان اقدام البائع على بيعه اعتراف منه بالاذن فلا تسمع دعواه لتناقضه .

وفيما لو باع القاضي مال اليتيم فرده المشتري عليه بعيب فقال القاضي ابرأتني منه فالقول قوله بلا يمين وكذا لو ادعى رجل قبله اجارة ارض اليتيم واراد تحليفه لم يحلفه .

وفيما لو كان لرجل على آخر الف درهم فاقر بها ثم انكر اقراره هل يحلف بالله ما اقررت قال الدبوسي نعم وقال الصفار لا وانما يحلف على نفس الحق ( مجمع الفتاوي ) وهذه خلافية — وفيما لو ادعى رجل على رجل انه خرق ثوبه واحضر الثوب معه للقاضي واراد استحلافه على السبب بان يقول والله ما خرقته لانه قد يخرقه باذنه او على ملكه ثم يبيعه له مخروقا ولا بينة له بل يحلف لا ضمان عليه بهذا الخرق .

المادة ١٧٤٣ — اذا قصد تحليف احد الخصمين يحلف باسمه تعالى بقوله والله او بالله مرة واحدة .

لما ذكر في المادة قبلها نفس اليمين وفي اي موضع يحلف ذكر هنا

صفتها وهي كيفية التحليف والصفة تقضي سبق الموصوف فقال .

## [ يحلف باسمه تعالى ]

لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفاً فليحلف او ليذر - قال في كتاب الايمان اليمين بالله تعالى او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله تعالى وجلاله وكبريائه وهذا صريح في ان اليمين كما تكون بالله تعالى تكون ايضاً بصفاته التي يعرف بها في المتعارف اه ( فتح ) .

استفيد منه ان اقتصار المجلة على قولها باسمه تعالى لا يقتضي الحصر بل كما تكون باسمائه الذاتية المقدسة تكون بالاسماء الصفاتية وفيه عن المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم في اليمين سواء .

واما الصفات المقدسة المتعارف بها التحليف كالعزة والجلال فلا ينافي التحليف بها كون التحليف لا يكون الا باسمه تعالى لان المشهور من مذهب اهل السنة ان صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها . وفهم من قول المجلة ( باسمه تعالى ) انه لا يستحلف بالطلاق ولا العتاق حتى لو طلب المدعي تحليفه بذلك لا يجيبه القاضي وهو ظاهر الرواية وبعدهم جوز ذلك ( خانية ) .

وفي العناية قالوا ان نكل عن اليمين بهما لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضي به لم ينفذ قضاؤه - قال في الفتح وفيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف .

لكن نقل في البحر عن خزانة المفتين كما في منية المفتي وزاد فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه على قول الاكثر فيفهم منه ان عدم نفوذ القضاء على قول الاكثر انه لا يحلف بهما فلا اعتبار بنكوله عنهما واما من قال بالتحليف بهما في زماننا فيعتبر نكوله

ويقضي به لان التحليف بها لرجاء النكول فيقضى به والا فلا فائدة .
قال في الهداية وفتح القدير وقد تؤكد بذكر اوصافه تعالى وهو التغليظ مثل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه - وللقاضي ان يزيد في التغليظ على هذا او ينقص منه لان المقصود من الاستحلاف النكول واحوال الناس مختلفة فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بادنى تغليظ ومنهم من لا يمتنع الا بزيادة تغليظ فللقاضي ان يراعي احوال الناس الا انه يحتاط فيه بان يذكر بغير واو اذ لو ذكر بالله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلاثة ايمان وتكرار اليمين غير مشروع لان المستحق عليه يمين واحدة - والاصل في التغليظ ما اخرجه مسلم في الحدود ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بيهودي محمم من حممت وجهه اذا سودته بالفحم فدعاهم فقال هكذا تجدون حد الزنى في كتابكم قالوا نعم فدعا رجلا منهم وهو عبد الله بن صوريا فقال نشدتك الله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزنى في كتابكم فقال اللهم لا فلو لا انك نشدتني بهذا لم اخبرك . حد الزنى في كتابنا الرجم ولكن كثر في اشرافنا فكنا اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا اخذنا الضعيف اقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا نجتمع على شيء نقيمه على الرفيع والوضيع فاجمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اني اول من احيا امرك اذ اماتوه فامر به فرجم - وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره - ويستحلف اليهودي تغليظا بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لان اليهودي يعتقد نبوة سيدنا موسى والنصراني نبوة سيدنا عيسى عليهما الصلاة والسلام فيغلظ عليهما بذكر المنزل على نبيه .

ثم التحليف بالكيفية المتقدمة انما هي في حق الملل الغير مسلمة الذين يعترفون بوجود الصانع جل وعلا . واما الدهرية والزنادقة والاباحية ممن لا يعترفون بواجب الوجود سبحانه وتعالى فبم يحلف اولئك الضالون الخاسرون قال عبد الحليم في حاشيته على الدرر انهم الى يومنا هذا لم يتجاسروا لاظهار نحلهم ومعتقداتهم حقق الله ذلك الى يوم القيمة .

## المادة ١٧٤٣ – لا تكون اليمين الا في حضور الحاكم او نائبه ولا اعتبار بالنكول عن اليمين في حضور غيرهما

لان اليمين لقطع الخصومة والخصومة انما تكون في حضور الحاكم وفي الفصل الخامس عشر من جامع الفصولين ادعى عليه مالاً فانكر فاصطلحا على ان يحلف المدعى عليه وهو بريء من المال فحلف المدعى عليه بطل الصلح والمدعي على دعواه لو برهن اخذه والا يحلفه القاضي لو لم يكن الحلف الاول عند القاضي اذ اليمين عند غير القاضي لا تعتبر اذ المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير القاضي غير قاطعة ولو كان الحلف الاول من القاضي لا يحلفه ثانيا – وكذا لو اصطلحا ان المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف بطل الصلح ولا شيء على المدعى عليه ورمز للخصائل النسفي كما ان النكول عند غير القاضي لا يعتبر فكذا التحليف .

( او نائبه ) .

اي القاضي وذلك فيما لو كان مأذونا بالاستنابة فاستناب للحكم غيره فحكمه حكم المستنيب في اعتبار اليمين بحضوره –(وفيما لو توجهت اليمين على المدعى عليه وكان له عذر مانع من حضور مجلس القاضي لمرض او لكونه من المخدرات يبعث القاضي نائبا عنه لتحليفه) لكن في هذه الصورة اذا لم يكن القاضي مأذونا بالاستنابة او مأذونا لكن لم يستحلفه

لغير التحليف يلزم ان يكون تحليفه بحضور امينين من طرف القاضي يشهدان على ذلك بحضوره ( واقعات المفتين ) ودر المختار .

بقي شيء وهو ما لو توارى المدعى عليه ولم يمكن احضاره جبراً وجرت المحاكمة غيابا كما سيأتي في المادة ( ١٨٣٤ ) ولم يكن للمدعي بينة لاثبات مدعاه بمواجهة الوكيل المسخر وطلب الحكم عليه غيابا حكما معلقا على نكوله عن اليمين عند الظفر به لا يجاب طلبه لكن لا كما قال الفاضل علي حيدر افنـدي من ان التعليق ليس من اسباب الحكم وذلك لانه اعتبر النكول المقدر وقوعه سببا لحكم قد وقع وهذا لا يخلو عن حزازة وذلك لأن نفس الحكم ليس معلقاً بل المعلق هو صحته ونفاذه على تقدير النكول فالحكم من حيث هو ليس معلقاً بل المعلق هو صحته ونفاذه فاذا كان المعلق هو الصحة فالحكم لا يصح لعـدم الفائدة من حكم لا ينفذ ويصح ما لم يحضر الغائب وينكل عن اليمين فهو اذاً متوقف على ما تنقطع به الخصومة فالحاكم لا يجيبه لكونه اذا حكم فنفاذ حكمه متوقف على النكول فبطلانه لهذا لا لكون نفس حكمه وقع معلقاً فكأن القاضي يقول اذا حضر الغائب ونكل بحضوري يكون حكمي هذا صحيحا ونافذاً

## ولا اعتبار بالنكول عن اليمين في حضور غيرهما

فلو ان للمدعى عليه وكيلاً في المرافعة فتوجهت اليمين على موكله فقال ان موكلي لا يحلف لأنه ينكل عن اليمين لا يسوغ للقاضي ان يحلف على موكله لانه اسند اليه نكولاً في غير حضور القاضي واما لو اراد تحليفه فبرهن المدعى عليه ان المدعي حلفني على هذه الدعوى عند قاضي بلد كذا تقبل ولو لم تكن له بينته فله تحليف المدعي لانه يدعي ايفاء حقـه في اليمين .

ولو ادعى المدعى عليه انه ابرأني من هـذه الدعوى ليس له تحليفه انـه لم يبرأني عنها اذ المدعي بدعواه استحق الجواب على المدعى عليه

والجواب اما اقرار او انكار وقوله ابرأني ليس باقرار ولا انكار فلا يسمع ويقال له اجب خصمك ثم ادع عليه ما شئت

وهذا بخلاف ما لو قال ابرأني عن هذا الالف فانه يحلف لان دعوى البراءة على المال اقرار بوجوبه . والاقرار جواب ودعوى الابراء مسقط فيترتب عليه اليمين . ومنهم من قال الصحيح انه يحلف على دعوى البراءة عن الدعوى كما يحلف على دعوى التحليف واليه مال شمس الائمة الحلواني اه فصولين من الفصل الخامس عشر .

المادة ١٧٤٥ – تجري النيابة في التحليف ولكن لا تجري في اليمين بناء عليه لوكلاء الدعاوي ان يحلفوا الخصم ولكن اذا توجهت اليمين الى موكليهم يلزم ان يحلفوا هم بالذات ولا يصح تحليف وكلائهم .

## تجري النيابة في التحليف

يعني يجوز لكل شخص نائب عن آخر ولذلك الآخر حق على غيره ان يطلب تحليف المدعى عليه اذا عجز عن اقامة البينة – وهذا ضابط كلي لكل طالب حق من آخر اصالة او نيابة وانما كان يملك التحليف لانه لما كان يملك الطلب وقد عجز عن البينة فيحلف خصمه اذ لا مانع من ذلك

[ ولكن لا تجري ] اي النيابة [ في اليمين بناء عليه لوكلاء الدعاوي ان يحلفوا الخصم ]

وهم الوكلاء في الخصومات لا الوكلاء باجراء عقد من العقود التي

يضيفونها الى انفسهم كبيع واجارة وصلح عن اقرار فان اليمين تجري عليهم كما سيأتي بيانه - بخلاف وكلاء الخصومات اه ملخصاً من الدر وغيره - وذلك لانه يقصد به النكول ليقضى به والنكول اقرار او بذل على الخلاف بين الامام وصاحبيه . والوكيل في كل موضع لا يصح فيه اقراره على الاصيل حكمه حكم المتولي والوصي وابي الصغير في عدم صحة اقرارهم على الاصيل ، او بذل ماله فلا يحلف اذ الاصل في التحليف ان كل من اذا اقر بشيء لزمه فاذا انكره يستحلف فالمتولي والوصي وابو الصغير لما كان لا يلزمهم شيء بالاقرار على الوقف واليتيم والصغير لم يحلفوا الا في دعوى عقد صدر منهم .

وخرج عن هذه القاعدة وكلاء الخصومات في حقوق العباد مع انهم ينفذ اقرارهم على موكليهم واذا انكروا فاليمين لا تتوجه عليهم بل على موكليهم كما تتوجه على اليتيم والصغير بعد البلوغ دون الوصي والولي .

مثال وكيل الخصومة ما لو ادعى شخص بالوكالة عن زيد على آخر وقال لموكلي عليك كذا فادها فاجاب المدعى عليه بانها كانت عليه الا انه اوفاها له وعجز عن البينة فاليمين على عدم القبض تتوجه على موكله ولا يحلف الوكيل على عدم العلم - ففي هذه الصورة ان كان موكله غائباً ، يلزم المديون بدفع المبلغ الى الوكيل حسب اقراره ثم اذا حضر الموكل تعرض عليه اليمين فان حلف فبها والا يسترد المبلغ منه اه انقروية وانما صح اقرار الوكيل بالخصومة لانه انما ملك الاقرار لكونه من افراد الجواب

وهذا بخلاف الوكيل باجراء عقد تتعلق حقوقه بالوكيل اذا اضافه الى نفسه فانه يحلف الوكيل لانه لو اقر على موكله صح اقراره

مثاله باع عيناً بالوكالة عن غيره فطلب المشتري ردها عليه بعيب قديم وجده بعد الشراء فانكر الوكيل العيب تتوجه عليه اليمين فان نكل رد عليه لانه لو اقر بالعيب صح اقراره على موكله فيعتبر نكوله بخلاف وكيل الشراء .

وصورته اشترى شيئاً لموكله ثم اراد رده على بائعه بخيار عيب وجده فيه بعد الشراء فادعى البايع ان موكلك قد رضي بهذا العيب وعجز عن البينة لا يحلف على عدم علمه برضى موكله ( عبد الحليم على الدرر ) لان الاصل ان الشراء متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المامور وقد اعترف بان به عيباً فـلا يصح اقراره على موكله بالرضى فلا يحلف لعـدم فائـدة النكول .

واعلم ان المجلة ذكرت ان لوكلاء الدعاوي تحليف الخصم ولم تصرح بان لهم التحليف مطلقاً وان لم يفوض اليهم التحليف من قبل موكليهم ام يشترط التصريح لهم بذلك لم اجد لذلك نقلاً صريحاً غير انه ذكر في الفتاوي الهنـدية من كتاب المحاضر والسجلات في نوع آخر في التوكيل بخصومة كل الناس وفي نوع آخر في التوكيل بخصومة خاصة التصريح في صك التوكيل بالاستحلاف نحو وكلتك بكذا وبالاستحلاف فلا ادري هل هذا القيد شرط لا بد منه لصحة استحلاف الوكلاء ام يذكر لزيادة الايضاح ورفع الابهام .

وذكر الشارح اللبناني انه بتـاريخ ٧ ربيع الاول سنة ١٢٩٢ صدر مذكرة سامية عن قرار ديوان الاحكام العدلية مدرجة في صحيفة ٦٩١ من الجلد الثالث من الدستور حاصلها بما ان التحليف يترتب عليـه مسئولية معنوية فاذا عجز المدعي عن اثبات دعواه ولم يكن وكيله ماذونا صريحاً في سند التوكيل الذي في يده بطلب التحليف فلا يكون تكليف المدعى عليه لليمين كتكليف الاصيل ولو طلب وكيل المدعي يمين المدعى عليه بصورة خارجة عن ماذونيته وقبل المدعى عليه اليمين فـلا يلزم من ذلك سقوط المدعي الاصيل من دعواه وذكر الشارح علي حيدر افندي بان لهم التحليف مطلقا لكن بلا نقل .

يقول الفقير ان كان قرار ديوان العدلية عن نقل فلا كلام ويؤيده ما في الفتاوي الهندية والا فالنظر يتجاذب بين الامرين امـا القرار المذكور فله وجه لان مشارب الناس تختلف في التحليف فمنهم من يعرض

عنه خوفا على الحالف من الهلاك خصوصا اذا كان من اقاربه ومنهم من لا يرضى يهتك حرمة اسمه تعالى ويعلم ان ما له من الخطر هو ضياع حقه ومنهم من لا يتجاسر عليه عملًا بقاعدة ان ما حرم فعله حرم طلبه وان كانت هذه المسئلة مستثناة منها الى غير ذلك

واما ما ذكره علي حيدر افندي فقواعد المذهب لا ترده لان الوكيل بالشيء وكيل باتمامه والخصومة اذا وجد فيها الانكار يكون اتمامها بالتحليف وهذا ظاهر اطلاق المجلة ايضا وعلى كل ينبغي التصريح به في صك الوكالة حسما للاشتباه ويستثنى من ان النيابة لا تجري في الحلف ما نقله في التكملة عن شرح الوهبانية ان الاخرس الاصم الاعمى يحلف وليه كما صرح به العلامة ابو السعود .

المادة ١٧٤٦ — لا يحلف الا بطلب الخصم ولكن يحلف من قبل الحاكم في اربعة مواضع بلا طلب الاول اذا ادعى احد من التركة حقاً واثبته فيحلفه الحاكم على انه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ولا ابرأه ولا احاله على غيره ولا اوفى من طرف احد وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن ويقال لهذا يمين الاستظهار . الثاني اذا استحق احد المال واثبت دعواه حلفه الحاكم على انه لم يبع هذا المال ولم يهبه لاحد ولم يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه . الثالث اذا اراد المشتري رد المبيع لعيب حلفه الحاكم على انه لم يرض بالعيب قولا او دلالة كتصرفه تصرفه الملاك على ما ذكر في المادة ( ٣٤٤ ) . الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بانه لم يبطل شفعته يعني لم يسقط حق

شفعته بوجه من الوجوه .

جاءت المجلة بهذه المادة لبيان مواضع مخصوصة خرجت عن الاصل المتفق عليه وهو ان اليمين لا تكون الا بطلب من الخصم وهو المدعي وقد خرجت المسائل الاربع عن هذا الاصل بان المدعي نفسه يلزم تحليفه وان لم يكن خصمه طالبا يمينه . واحدة منها متفق عليها والباقي على قول ابي يوسف مشت عليه المجلة فقالت

## الاول اذا ادعى احد من التركة حقا

دينا كان او عينا ولا خصوصية للدين بل في كل موضع يدعي حقا في التركة هندية وغيرها

## واثبته بالبينة

وكذا لو كان المريض اقر به ذكره الخصاف رد المحتار عن البحر وعزاه للولوالجية ثم قال ولم ار حكم من ادعى انه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغي ان يحلف احتياطاً اه قال محشيه الرملي قد يقال انما يحلف في مسئلة مدعي الدين على الميت احتياطاً لاحتمال انهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفاه في باطن الامر واما في مسئلة دفع الدين فقد شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى الاحتمال المذكور كما نقله في الخلاصة عن ادب القاضي للخصاف

## فيحلفه الحاكم على انه لم يستوف هذا الحق

ولا شيئاً منه [ بنفسه و ] لا بواسطة [ غيره ] بوكالة اوامر [ ولا ابراء ] عن كله او بعضه [ ولا احاله ] بكل او بعض على غيره وقبل الحوالة [ ولا اوفى ] كلا او بعضاً من طرف احد ( وليس للميت ) بمقابلة هذا الحق كلا او بعضاً ( رهن ويقال لهذا يمين الاستظهار ) يلزم على القاضي

تحليف المدعي وان لم يطلب الوارث او الوصي لانه حق الميت انه ما استوفي حقه وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى تكملة عن الولوالجية - ولو حكم بدون تحليف لا ينفذ حكمه وهذه المسئلة اتفاقية

## الثاني اذا استحق احد المال

بانكار المستحق عليه [ واثبت ] المدعي دعواه بالبينة [ حلفه الحاكم على انه لم يبع هذا المال ولم يهبه لاحد ولم يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه ] فان حلف حكم له بالاستحقاق وان نكل رد دعواه - لكن لو اقر المستحق عليه انه ملك المستحق لا يحتاج الى تحليف المستحق - ويظهر من قول المجلة اذا استحق احد المال الخ ان هذا التحليف انما يكون في احد نوعي الاستحقاق وهو الاستحقاق الناقل للملك من شخص الى آخر اعني الاستحقاق بالملك لا الاستحقاق المبطل للملك بالكلية بحيث لا يبقى لاحد عليه حق التملك كالعتق والحرية الاصلية كما لا يخفى .

## الثالث لو اراد المشتري رد المبيع لعيبه

فان اثبت حين الدعوى وجود العيب والبائع منكر فقبل الحكم له بالرد [ حلفه الحاكم على انه ] بعد الاطلاع على العيب [ لم يرض بالعيب قولا ] كقبلته ورضيت به [ او دلالة كتصرفه ] بالمبيع [ تصرف الملاك ] كما هو مسطور في المادة الآنفة لان الرضا بنوعيه يسقط خيار الرد فان حلف حكم له بالرد والا رد دعواه .

وجه التحليف ان المشتري قد يكون رضي بالعيب ، والبائع لا علم له حتى يدعي بذلك فيحلف المشتري ثم لو كان البايع يعلم ان المشتري ما اسقط حقه في خيار العيب فقال لا اريد تحليفه لا يحلف .

## الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم له

بالشفعة بانه لم يبطل شفعته

فان حلف حكم له بالشفعة والا رد دعواه ولو علم ان الشفيع لم يسقط شفعته فطلب ان لا يحلف فالظاهر انه لا يحلف – فالاولى من المسائل الاربع اتفاقية والباقي على قول الامام ابي يوسف .

وذكر في الفتاوي الهندية زيادة على ما ذكر ثلاث مسائل الاولى اذا سئلت من القاضي ان يفرض لها النفقة في مال الزوج الغائب يحلفها بالله ما اعطاك نفقتك حين خرج قال و يجب ان تكون مسئلة النفقة في قولهم جميعا كذا في الفصول العمادية . الثانية يحلف مدعي الآباق مع البينة بالله انه باق على ملكه الى الان لم يخرج ببيع ولا هبة كذا في البحر الرائق الثالثة البكر اذا بلغت فاختارت الفرقة وطلبت التفريق من القاضي يستحلفها بالله تعالى لقد اخترت الفرقة حين بلغت وان لم يطلب الزوج .

واعلم ان الاستحلاف كما في الهداية وغيرها انما يكون في الدعاوي الصحيحة لا الفاسدة

المادة ١٧٤٧ — اذا حلف المدعى عليه بطلب الخصم قبل ان يكلفه الحاكم فلا تعتبر يمينه ويلزم ان يحلف من قبل الحاكم مرة اخرى .

لان التحليف حق الحاكم فلا يعتبر تحليف غيره كما انه لا عبرة بتحليف الحاكم بدون طلب الخصم فيحلفه تكراراً الا فيما استثنى من المواضع في المادة ( ١٧٤٢ ) وشرحها فلو اصطلحا على ان المدعي ان حلف فالخصم ضامن للمال وحلف اي المدعي لم يضمن الخصم لان فيه تغيير الشرع ( در مختار ) .

وفي الهندية عن الذخيرة ادعى على آخر مالا وانكر المدعى عليه ثم

ادعى عليه في مجلس آخر انك استمهلت مني هـذا المال وصرت مقراً بالمال والمدعى عليه ينكر المال والاستمهال يحلف على المال دون الاستمهال لان بالاستمهال يصير مقراً والاقرار حجة المدعي والمدعى عليه لا يحلف على حجة المدعي فانه لا يحلف بالله ما للمدعي بينة .

فائدة تتعلق بهذا الفرع ذكر له ولغيره في الهندية اصلاً حيث قال : الاصل في جنس هذه المسائل ان الانسان لنا يستحلف على حق خصمه او على سبب حقه ولا يحلف على حجة خصمه والاستمهال ليس حقـا ولا سبب حق بل هو عبارة عن اقرار بالمنى اتخذه المدعي حجة ولا يحلف الخصم على حجة خصمه .

وهذا الاصل ينبهك على ان المسائل المار ذكرها في شرح المـادة ( ١٧٤٢ ) اعني التي خرجت عن قاعدة من اذا اقر بشيء لزمه فـاذا انكره يستحلف لو امعنت فيها النظر تجد في اكثرها ان المنكر لو حلف لم تكن يمينه على حق خصمه ولا على سبب اوجب تقريره في ذمته من اتلاف مال او عقد من العقود مثلاً بل تكون يميناً على نفي الحجة التي يستند اليها خصمه وهذا خلاف الاصل الذي وضعت له اليمين فلا يحلف

نعم يوجد بعض من تلك المسائل لم يمنعوا التحليف فيها لهـذه العلة بل لوجه آخر وهو انه لو حلف فعلى تقدير النكول يكون اقراراً بالشيء للغير بعـد دخوله في ملك آخر بسبب اقراره الاول او نكوله كما في المسائل المذكورة في المادة ١٧٤٢ وما شاكلها ما عدا الاولى منها وقـد سبق بيان ذلك فراجعه فرحم الله ائمـة الاصول والفقه ما ابعد غورهم وادق نظرهم فكأن المنكر يقول في مثل تلك المسائل ايها الخصم هات بينة على ما تحتج به ولا تكلفني الى يمين ليست على حق او سبب حق بل على حجة ان برهنت عليها فبها والا فلا يلزمني يمين عليها

المـادة ١٧٤٨ — إذا حلف احد على فعله يحلف على

البتات يعني يحلف على القطع بان هذا الشي. هكذا او ليس بكذا واذا حلف على فعل الغير يحلف على عدم العلم يعني يحلف على عدم علمه بذلك الشي.

في الهندية للتحليف كيفيات مختلفة لان الدعوى اذا وقعت على فعل المدعى عليه ينظر ان كانت على فعله من كل وجه او على فعله من وجه وفعل غيره من وجه بان كان الفعل لا يقوم الا باثنين يحلف على البتات اي القطع وان كانت على فعل غيره من كل وجه يحلف على عدم العلم

مثال الاول ادعى عليه انك سرقت هذا العين مني او غصبته يستحلف على البتات ما سرقته ما غصبته .

مثال الثاني اشتريت مني استأجرت مني استقرضت مني يحلف على البتات كالاول .

ومثال الثالث وهو ما كان على فعل غيره من كل وجه . ادعى احد ديناً على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك او ادعى ان اباك سرق هذا العين مني او غصبه مني يحلف الوارث على العلم والله لا اعلم ان ابي فعل — هذا مذهبنا قال شمس الائمة الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم لعدم علمه بما فعله غيره ظاهراً فلو حلف على البتات لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيتضرر به فطولب بالعلم فاذا لم يقبل مع الامكان صار باذلا او مقراً ( درر ) وخرج عن هذا الرد بالعيب بان اشترى عبداً ثم ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت اباقه وسرقته في يد نفسه وادعى انه ابق او سرق في يد البائع واراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما ابق وما سرق في يده فالاباق فعل الغير وهو العبد وقد حلف البائع على البتات دون عدم العلم مع انه فعل الغير لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات

ثم انما يحلف في فعل الغير على العلم اذا قال المنكر لا علم لي بذلك واما اذا قال لي علم بذلك فيحلف على البتات

ونقل في البحر ما اخذه الزيلعي عن النهاية وكذا في الفتح قاعدتين الاولى ان كل موضع وجب فيه اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضي عليه بالنكول فبحث في قوله ( لا يقضى عليه بالنكول ) لان في النكول عن الحلف على العلم نكولاً عن البتات من باب اولى .

القاعدة الثانية عكس الاولى وهي كل موضع وجبت فيه اليمين على العلم فحلف على البتات تعتبر اليمين حتى تسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات اكد فيعتبر مطلقاً بخلاف العكس اه . وبحث ايضاً في قوله في الفقرة الثانية ( ويقضى عليه اذا نكل بان البتات غير واجبة عليه فكيف يقضى عليه اذا نكل .

ثم نقل في الفتح عن الامام عماد الدين في فصوله عدم جواز القضاء بالنكول عن الحلف على البتات لعدم وجوبه عليه وحط كلامه على قوله في القاعدة الاولى ( حتى لا يقضى عليه بالنكول ) بانه يلزم من النكول عن الحلف على العلم النكول عن الحلف على البتات من باب اولى وانه يقضى عليه . ورد ما ذكر من الايراد على هذه القضية من البحث والجواب عنه بانه منظور فيها وقد اطال في بيان ذلك فراجعه

واعلم ان التحليف له كيفيات اربع ذكر منها في هذه المادة كيفيتين وهما التحليف على البتات او العلم وقد علمت في شرح هذه المادة الضابط في التحليف على البتات او العلم وبقي كيفيتان وهما التحليف على الحاصل اي الحصول في الحال او السبب وهذا يكون بحسب ما يقتضيه الحال من لزوم ترك النظر للمدعي او المدعى عليه لدرأ الضرر عنهما والكيفيات تتداخل فان التحليف في فعل الغير على البتات فيه ترك النظر للمنكر الا اذا قال لي علم بذلك فيحلف حينئذ على البتات كما في فتح القدير .

وتحليف الانسان في فعل نفسه على العلم مخالف للمعقول وفيه ترك النظر للمدعي - فالنظر للطرفين في هذه الاحوال يدخل في جميع الكيفيات كما ستقف عليه . مثلاً في دعوى الدين او العين على الوارث يحلف على العلم حيث لا يعلم كيف كان مورثه وصلت اليه او ثبت الدين في ذمته ومع هذا ففي تحليفه على البتات ترك النظر اليه اذ لعدم علمه قد ينكل عن اليمين على البتات فيتضرر .

وفي البحر الرائق وحاصل ما ذكره الصدر في دعوى الدين على الوارث ان القاضي يسئل المدعى عليه اولا عن موت ابيه ليكون خصما فان اقر به يستوفيه المدعي من نصيبه فقط وان انكر فبرهن المدعي استوفاه من التركة والا ، وطلب يمينه ، استحلفه القاضي على العلم فان حلف انتهت والا قضى عليه فيستوفى من نصيبه ان اقر بوصوله اليه والا اي وان لم يقر بوصوله اليه فان صدقه المدعى عليه فلا شيء عليه والا استحلف على البتات ما وصل اليه قدر المال المدعى ولا بعضه فان نكل لزمه القضاء والا لا - هذا اذا حلف على الدين اولاً فان حلف على الوصول اولاً حلف فله تحليفه على الدين ثانياً لاحتمال ظهور مال فكان فيه فائدة منتظرة وهي احتمال ظهور مال للميت - ولو اراد المدعي استحلافه على الدين والوصول معاً ، فقيل له ذلك وعامتهم انه يحلف مرتين ولا يجمع وان انكر موته حلف على العلم فان نكل حلف على الدين . اه

ودعوى الوصية على الوارث ، كدعوى الدين فيحلف على العلم لو انكرها

واذا تنازعا في كونها ميراثا فقال المدعى عليه ورثتها فاحلف على العلم وكذبه المدعي ، حلف على البتات لان سبب الاستحقاق قد تقرر وهو ظهور الدار في يده وهو يريد اسقاط يمين البتات فالقول للمدعي فاذا اراد المدعى عليه تحليفه انه ما يعلم انها وصلت اليه بالميراث فله ذلك فان نكل حلف على العلم والا فعلى البتات .

ثم اعلم ان مدعي الدين على الميت اذا ادعى على واحد من الورثة به وحلفه فله ان يحلف الباقي لان الناس يتفاوتون في اليمين وربما لا

يعلم الاول به ويعلم به الثاني واذا كان في الورثـة صغير او غائب . وقد ادعى على الميت حق يكلف البـالغ الحضور ويؤخر الصغير حتى يدرك والغائب حتى يقدم ثم يحلفان لانه تعـذر تحليف الصغير والغائب فيؤخران الى ان يمكنهما التحليف اه معين الحكام

ولو ادعى احد الورثة ديناً على رجل للميت وحلفه ليس للباقي تحليفه لان الوارث قائم مقام المورث وهو لا يحلفه الا مرة كذا في الخانية وفي الصحاح والقاموس : الذي بمعنى القطع ، البت لا البتات .

وقول المجلة ( يحلف على القطع بان الشيء هكذا او ليس بكذا ) يقول الحقير هذا لا يخلو ان كان فعل نفسه حقيقة فالتحليف عليـه بتاتا يكون على النفي نحو ماالله ما فعلت وان كان في حكم فعل نفسه بان كان فعل الغير لكنه متصل به او قال لي علم به ففي هذا قد يكون التحليف على الاثبات بحسب الظاهر لما في فتح القدير ان المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة مني فانه يحلف على البتات بان يقول والله سلمته اليك فالقول للمودع لانه ينفي الضمان عن نفسه لكن هذا الاثبـات معناه النفي وهو انك لا تستحق عنـدي شيئاً وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل بيمينه فـاذا حلف برىء المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل اثبات فيه معنى النفي .

هذا وان كان تحليفاً على فعل الغير ولكن الوكيل يـدعي ان له علماً بذلك فانه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف عـلى البتات — ومثال النفي ما تقدم من دعوى سرقة العبد واراد رده بعد اثبات وجود العيب عنده يحلف البائع على النفي بالله ما ابق بالله مـا سرق في يدك وهـذا تحليف على فعل الغير ، وهذا لان البـائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب . والتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات .

ح – ج

المادة ١٧٤٩ — اليمين اما بالسبب او بالحاصل وهو ان اليمين بوقوع خصوص او بعدم وقوعه يمين بالسبب واليمين ببقائه او بعدم بقائه يمين بالحاصل مثلًا اليمين في دعوى البيع والشراء بعدم وقوع عقد البيع اصلًا هو يمين بالسبب واما اليمين ببقاء العقد الى الان او بعدم بقائه فهو يمين على الحاصل .

معنى كون اليمين على السبب ان يكون منصباً على نفس السبب المؤدي الى حصول مسببه هل هو واقع ام لا كدعوى عقد البيع الموجب لتملك العين ، والاجارة لتملك المنفعة ، والكفالة لاشتغال الذمة وتوجه المطالبة

ومعنى كونه على الحاصل ان المسبب الذي ينشأ حصوله عن حصول سببه المدعى به هل الى الان لم يزل حاصلًا باقياً ام لا – وذلك في الاشياء التي تقع ثم قد ترتفع برافع كالنكاح والطلاق والغصب والعقود السائرة من بيع واجارة وكفالة ونحوها فيحلف على الحاصل بالله ما بينكما نكاح قائم وما هي بائن منك الآن وما يجب عليك رده ، ولا ضمان قيمته من الوجه الذي يدعيه – وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله يحلف على السبب لان اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه والمدعي هو السبب – الا اذا عرض المدعى عليه بان قال قد وقع البيع ثم تقايلنا فانه حينئذ يحلف على الحاصل نظراً له كيلا يفوت حقه – وعنه انه ينظر الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل ورجحه قاضيخان وقال فخر الاسلام يفوض الى راي القاضي – وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برافع وليس في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعى فان كان

سبباً لا يرتفع برافع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه — وكذا اذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعي مثل ان يدعي شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يعتقدها ومثل ان تدعي المبتوتة النفقة والزوج لا يعتقدها فانه حينئذ يحلف على السبب بالاجماع لان في تحليفه على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي اذ هو تحليف على عدم وجوب الشفعة عليه وعدم وجوب النفقة اذا كان شافعياً على اعتقاده فيبطل حق المدعي اه (زيلعي).

وفي البحر حكاية عن القاضي ابي عاصم انه كان يدرس والخليفة اي نائبه يحكم فاتفق ان امرأة ادعت على زوجها نفقة العدة فانكر الزوج فحلفه بالله ما عليك تسليم النفقة من الوجه الذي تدعي فلما تهيأ ليحلف نظرت المرأة اليه فعلم لماذا نظرت اليه فنادى خليفته سل الرجل من اي المحلة هو حتى ان كان من اصحاب الحديث حلفه ما هي معتدة منك لان الشافعي لا يرى النفقة للمبتوتة وان كان من اصحابنا حلفه ما عليك تسليم النفقة اليها من الوجه الذي تدعي نظراً لها اه ولا خصوصية لهاتين المسئلتين بل كل ما كان من هذا القبيل هذا حكمه — وفيه فان قلت قد راعيتم هنا جانب المدعي وتركتم النظر للمدعى عليه لجواز انه اشترى ولا شفعة للمدعي بان سلم او سكت عن الطلب قلت اشار الصدر الى جوابه بان القاضي لا يجد بداً من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعي اولى واوجب لان السبب الموجب للحق له وهو الشراء اذا اثبت ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيصح التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض.

وقد رأيت ان انقل لك ما في معين الحكام من الضوابط الحسنة لتقوى بها الملكة على استعمال كل تحليف في افراد المسائل بما يناسبها.

قال من القسم الخامس في ذكر اليمين ثم الاستحلاف على قسمين احدهما على العقود الشرعية والآخر على الافعال الحسية، اما الاول فهو ان القاضي يحلفه على الحاصل بالعقد بالله ما له قبلك ما ادعى من الحق

ولا يحلفه على السبب وهو البيع والاجارة والكفالة ونحوها وروي عن ابي يوسف يحلفه على السبب بالله ما اشتريت ولا استأجرت ولا كفلت ونحوها - الا ان يعرض للقاضي فيقول كم من مشترٍ او مستأجر يفسخ العقد فيحلفه على الحاصل ، لان اليمين تجب على حسب الدعوى ودفعه والدعوى وقع في العقد لا في الحاصل به .

واما القسم الثاني وهو الاستحلاف على الافعال الحسية وهي نوعان : نوع يستحلف على الحاصل لا على السبب كالغصب والسرقة ان كان المغصوب والمسروق قائما يحلفه بالله ما هذا الثوب لهذا ولا عليك تسليمه ولا تسليم شيء منه الى المدعي وان كان مستهلكاً يستحلف على القيمة لا غير .

واما النوع الثاني وهو ما اذا ادعى على رجل انه وضع على حائطه خشبة او بنى عليه بناء او اجرى على سطحه او في داره ميزابا او فتح عليه في حقه باباً او رمى ترابا في ارضه او ميتة او نحو ذلك مما يجب على صاحبه نقله واراد استحلافه على ذلك فانه يحلفه على السبب بالله ما فعلت هذا لانه ليس في التحليف هنا ضرر بالمدعى عليه اذ بعد ما ثبت هذا الحق للمدعي وهو استحقاق رفع هذه الاشياء عن ارضه لا يتضرر بسقوطه بسبب من الاسباب فانه لو اذن له في الابتداء ان يضع الخشبة على حائطه او يلقي الميتة في ارضه كان ذلك اعارة منه فمتى بدا له كان له ان يطالبه برفعه وان باع منه ذلك لا يجوز لان هذا بيع الحق وبيع الحق لا يجوز اه . اي فهذه الافعال الحسية كالاسباب التي لا ترتفع برافع نحو دعوى العبد المسلم العتق على مولاه فالتحليف على السبب لا يضر المدعى عليه .

ولزيادة الايضاح نذكر لك بعضاً من الامثلة لكل نوع ففي الفصل الخامس عشر من الفصولين ادعى على احد انه باع ولم يسلم ولم يقبض ثمنه يحلف ما هذا لك بهذا البيع الذي يدعي بهذا الثمن المسمى وهذا ظاهر الرواية . ولو ادعى كفالة بمال او بعرض حلف على الحاصل ولكن انما يحلفه لو ادعى كفالة صحيحة منجزة او معلقة بشرط متعارف

وذكر ان الكفالة كانت باذنه او ذكر اجازة الكفالة في مجلس الوكالة - اما بدون ذلك فلم يكن مدعياً كفالة صحيحة ولا يترتب عليه التحليف واذا حلفه يحلفه ما له قبلك هذا الالف بسبب الكفالة التي يدعيها لئلا يتناول كفالة اخرى .

ادعى ديناً ولم يذكر له سبباً يحلف على الحاصل بالله ما له قبلك ما ادعاه ولا شيء منه وكذا لو ادعى ملكاً في عين حاضر او حقا في عين حاضر ادعاه مطلقا ولم يذكر له سبباً ، على يحلف الحاصل ما هذا لفلان ولا شيء منه ولو ادعاه بناء على سبب بأن ادعى ديناً بسبب قرض او شراء او ادعى ملكا بسبب بيع او هبة او ادعى غصبا او وديعة او عارية يحلف على الحاصل في ظاهر الرواية لا على السبب بالله ما استقرضت ما اودعني ما شريت منه ما بعته منه .

وفي الخانية امرأة ادعت على زوجها انه حلف بطلاقها ثلاثا ان لا يدخل هذه الدار وانه قد دخلها بعد اليمين فان انكر اليمين والدخول يحلف على الحاصل بالله ما هذه المراة بائنة منك بثلاث طلقات كما ادعت

وفيها لو ادعى رجل على غيره انه حفر في ارضه حفيرة اضر ذلك بارضه وطلب النقصان فان بيّن موضع الحفر وحدودها ومقدار الحفيرة والنقصان يحلفه القاضي على الحاصل بالله ما له عليك هذا الحق الذي يدعي ولا يحلفه على السبب ، لان هذا السبب مما يحتمل السقوط بالرضاء او الابراء او الصلح .

قال شمس الائمة الحلواني عند بعض العلماء يجب عليه كبس الحفيرة ولا يجب عليه النقصان فعلى هذا القول لا يحلف على الحاصل لانه ربما يميل الى ذلك القول فيحلف فكان ينبغي ان يحترز عن قول ذلك القائل ولا يحلفه على الحاصل الا ان الخصاف رحمه الله تعالى لم يعتبر ذلك القول ولم يلتفت اليه ثم ذكر في الكتاب حفر في ارضه حفيرة اضر بالارض - وهذا اشارة الى انه اذا لم يضر بالارض ولا يدخل نقصان في ارضه بذلك لا يجب عليه شيء .

ولو ادعى رجل انه شق في ارضه نهراً وساق الماء فيه الى ارض له فان القاضي لا يسمع دعواه حتى يبين الارض ويبين موضع النهر في الارض انه على اليمين او على اليسار ويبين مقدار النهر طولا وعرضا وعمقاً فاذا بيّن ذلك ان اقر المدعى عليه بذلك لزمه اي الرفع وان انكر حلفه بالله ما احدثت في ارض هذا الرجل هذا النهر الذي يدعي

وكذا لو ادعى غرس الشجر في ارضه فاذا بين المدعي ذلك ان اقر المدعى عليه امر برفع البناء والشجر وان انكر حلفه بالله ما بنيت هذا البناء وما غرست هذا الشجر في ارض هذا الرجل فان نكل ، برفع البناء والشجر .

يقول الضعيف الفرق بين هذا الفرع والذي قبله ان الاول مطالبة بضمان نقصان الارض بسبب الفعل المضر وهذا يحتمل السقوط برضاء او ابراء فلذا حلف على الحاصل بخلاف هذا الفرع فانه مطالبة برفع ما احدثه وهو لا يحتمل السقوط بوجه – حتى لو اذن له يصح رجوعه عن الاذن لانه اعارة ولهذا حلف على السبب

## المادة ١٧٥٠ — اذا اجتمعت دعاوٍ مختلفة يكفي فيها يمين واحدة ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة

[ اذا اجتمعت دعاوٍ مختلفة ] كما لو ادعى اشياء مختلفة الجنس والنوع والصفة كثياب ودواب فان تحتها انواعا ولكل نوع منها اوصاف وبيّن ذلك في دعواه وذكر قيمة الكل جملة كفى ذلك الاجمال وتقبل بينة وعند عدم البينة يحلف خصمه على الكل مرة ( درر وتنوير مع شرحه للعلائي ) .

وقد شرط بعضهم التفصيل بذكر قيمة كل عين على حدة لكن الاكتفاء بالاجمال هو الصحيح كما مشت عليه المجلة . واعلم ان العين

المنقول المدعي انما يشترط بيان قيمتها اذا لم يمكن احضارها للمجلس ، او يحتاج في احضاره الى مصرف او كان هالكا وادعى قيمته والا فمشاهدته في المجلس تغني عن ذكر القيمة ( راجع المواد ١٦٢٠ و ١٦٢١ و ١٦٢٢ ) الا في دعوى الغصب فلا يشترط بيان القيمة هالكا كان المغصوب او قائما . فلو قال غصبت مني كذا ولا ادري اهو هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته ، ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعلم قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة ، لتضرر به وفائدة صحة الدعوى مع الجهالة توجه اليمين على الخصم فالقول بقيمته قول الغاصب بيمينه .

ومثل دعوى الغصب دعوى الرهن كما لو ادعى انه رهن عنده ثوبا وهو ينكر تسمع دعواه ، وكذا دعوى الوصية والاقرار والابراء فهي خمسة ( تكملة ) من كتاب الدعوى .

ولو كان ما يدعيه دينا مكيلا او موزونا نقداً او غيره فلا بد من ذكر الجنس كحنطة والنوع كبلدية او حورانية والصفة كجيدة وسبب الوجوب بان يقول بسبب بيع صحيح جرى بينهما فلو ادعى كر بر ولم يبين سببا لم تسمع ( تنوير ودر مختار )

## يكفي يمين واحدة الخ

لان الدعوى واحدة وتنوع المدعى به لا يوجب تعددها . وتكرار اليمين غير مشروع

### ﴿ تنبيه ﴾

ذكر الفاضل علي حيدر افندي في شرح هذه المادة انه يستثنى من ذلك ما لو كانت الدعوى الثانية لا تسمع الا اذا حسمت الدعوى الاولى بيمين فحينئذ يحتاج الى يمين اخرى في الدعوى الثانية ومثّل لها بما لو

ادعى انسان على آخر بان فلانا الغائب له عليك كذا وانا وكيل عنه بالخصومة وقبض دينه منك فانكر المدعى عليه كلا من الوكالة والدين فاذا عجز عن البينة يحلف المدعي اولا على عدم علمه بتوكيل الغائب اياه . فاذا نكل فيها ، صار مقراً بنكوله وثبتت الوكالة فاذا ثبتت وكالته وعجز بعد ذلك عن اثبات الدين يحلف المدعى عليه لاجل اثبات الدين ثانيا اه .

يقول الضعيف فيه نظر لان المراد بالدعاوي المختلفة في المادة تنوع المدعى به في ضمن خصومة واحدة كما علمت والوكالة المجردة لا تصح الدعوى بها الا ان تكون في ضمن دعوى مال فالوكالة تثبت بهذه الصورة اولا ثم تتوجه الخصومة لاثبات الدين ثانيا وهذا غير ما نحن فيه اذ هما دعويان ترتبت ثانيتهما على الاولى يعلم ذلك من عبارة الدرر قبيل عزل الوكيل عند قول المصنف الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم .

ثم هذه الوكالة لا تجري في حق الغائب الا ببينة يقيمها مدعي الوكالة لا باقرار المديون او نكوله كما هو صريح قول الغرر وغيره هناك : مصدق التوكيل بقبض لو غريما امر بدفع دينه الى الوكيل فان كذبه الغائب دفع المصدق اليه ثانيا ويرجع به على الوكيل ان بقي في يده وان ضاع لا — ثم انه يستفاد من كلامه ان المطلوب اذا انكر وكالة خصمه المدعي بها ضمن دعوى الدين يحلف عليها وتثبت بنكوله وهذا ايضا فيه نظر لان الوكالة التي يحتج بها الخصم ليست بحق ولا سبب حق حتى يحلف عليه (راجع شرح المادة ١٧٤٧) .

وما ذكرناه عن الهندية يتضح لك هذا . غاية الامر انه اذا اقر بها وبالدين يجبر على الاداء مؤاخذة له باقراره وهي حجة قاصرة لا تتعدى الى الموكل تأمل وراجع الشرنبلالي محشي الدرر عند قول صاحب الدرر الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم .

المادة ١٧٥١ — اذا كلف الحاكم من توجه اليمين في

الدعاوي المتعلقة بالمعاملات باليمين ونفل عنه صراحة بقوله لا احلف او دلالة بالسكوت بلا عذر حكم الحاكم بنكوله واذا اراد ان يحلف بعد الحكم فلا يلتفت اليه ويبقى الحكم على حاله .

## اذا كلف الحاكم من توجه اليه اليمين في الدعاوي المتعلقة بالمعاملات

قيد بالمعاملات احترازاً عن الدعاوي المتعلقة بالعقوبات فلا يقضى فيها بالنكول ولهذا صرحوا لو نكل عن اليمين في السرقة ضمن المال ولم يقطع - . وافاد اطلاق المجلة ان حكم الحاكم بعد نكوله مرة واحدة صحيح وينفذ وهو الصحيح لان النكول بذل او اقرار وليس تكرار النكول بشرط في شيء منهما ( عناية ) لكن الاولى عرض اليمين عليه ثلاث مرات احتياطاً بان يقول له القاضي اني اعرض اليمين عليك ثلاث مرات فان حلفت والا الزمتك المدعي ثم يقول له احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان ابى ان يحلف بالله في المرة الاولى يقول له في المرة الثانية كذلك فان ابى ان يحلف في المرة الثانية يقول بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ، ثم يقول له ثالثاً احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء منه فان ابى ان يحلف يقضي عليه بدعوى المدعي - وان قضى بالنكول في المرة الاولى نفذ قضاؤه اه ( فتح )

قال صاحب الكافي ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء - وهل يشترط ان يكون القضاء على فور النكول اختلاف - قال في البحر ولم يبين الفور بماذا يكون - اقول اي هل بان يكون الحكم عقب النكول بدون ادنى تاخير او ان لا يتخلل بين الحكم والنكول

انشغال القاضي بامر آخر في ذلك المجلس ، او هو مقيد بذلك المجلس مهما امتد ولا يضر وجود الفاصل او ما لم يمض ثلاثة ايام مثلاً لم يعثر في هذا على نقل - وعلى كل فمن اشترط الحكم على فور النكول فاذا تأخر فلا يعتد بما سبق من عرض اليمين بل لا بد من عرض جديد لما فيه عن الخانية ولو ان المدعى عليه بعد ما عرض عليه اليمين مرتين استمهله ثلاثة ايام ثم مضت وقال لا احلف فان القاضي لا يقضي عليه حتى ينكل ثلاثا ويستقبل عليه اليمين ثلاثا ولا يعتبر نكوله قبل الاستمهال وقبل الانذار لاعلامه بالحكم ، اذ ربما يظن ان النكول لا يوجب الحكم عليه لان الشافعي يقول لا يقضى عليه بل ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة ويحتمل الترفع عن اليمين الصادقة كما وقع لسيدنا عثمان رضي الله تعالى عنه فالاول يقتضى الحكم عليه والثاني لا ، ويحتمل اشتباه الحال بان لا يدرى انه صادق في انكاره فيحلف او كاذب فيه فيمتنع فلا ينتصب نكوله حجة مع الاحتمال فيصار الى يمين المدعي لانه دليل على ظهور كونه محقاً .

ولنا ان دلالة النكول على كونه باذلا او مقراً اقوى وارجح من تلك الاحتمالات المذكورة في دليل الشافعي رضي الله عنه - بيانه ان العاقل الدين لا يترك الواجب عليه اعني اليمين بمقتضى ان لفظ ( على ) الايجاب في الحديث ولا يترك دفع ضرر الحكم عن نفسه من تلك الوجوه المحتملة اما الترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ ليس ضروريا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس - واما التورع عن اليمين الكاذبة فلأن المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطى حق خصمه فيسقط الواجب عن عهدته فعدم اقدامه على اليمين ينفي احتمال كونه متورعاً لان حمل الاقدام على البذل او الاقدام على البذل او الاقرار هو التورع وهو اجدر من حمله على التورع عن اليمين الصادقة .

كذلك اشتباه الحال لا يوجب ترك الواجب عليه بل يتحرى فيقدم

على اقامة الواجب عليه او يعطي حق خصمه فيسقط عنه عهدة الواجب فان لم يعتبر الناكل باذلا او مقراً حين عدم اقدامه على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضاً اه .

قال في الفتح وبالجملة فقول المصنف اي صاحب الهداية « آذ لو لا ان النكول بذل او اقرار لاتدم على اليمين اقامة للواجب » ، كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي باسرها فيترجح كون الناكل باذلا او مقراً بالضروره — ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقيم البينة علي وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه وقضى له بها وهل يظهر كذب المقر باقامة البينة . الصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه انه كان لفلان علي الف فادعى عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفاً . وقيل عند ابي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر اه بنوع تلخيص وايضاح من العناية والهداية وفتح القدير والبحر .

## ونكل صراحة بقوله لا احلف

وهذا نكول حقيقة [ او دلالة بالسكوت ] وهذا نكول حكما ، وحكمه كالحقيقي لكن اذا كان السكوت [ بلا عذر ] فاما عن عذر كالطرش والخرس فلا يكون سكوته نكولا ومن كان به آفة الخرس فاما ان يحسن الكتابة او يسمع ، او لا يحسن شيئا فاذا لم يسمع وله اشارة معروفة فاشارته كالبيان . وان كان مع ذلك اعمى نصب القاضي له وصيا ويامر المدعي بالخصومة معه اذا لم يكن له اب او جد او وصيها — واذا كان لم يسمع يقول له القاضي عليك عهد الله وميثاقه ان كان كذا فان اومأ أي نعم فانه يصير حالفا بهذا الوجه ولا يقول له بالله ان كان كذا لانه ان اشار برأسه نعم لا يصير حالفا بهذا الوجه بل مقراً كذا في التكملة من شرح الوهبانية ،

## حكم الحاكم بنكوله

لما تقرر ان النكول بذل او اقرار [ واذا اراد ان يحلف بعد الحكم ] احترازاً عما لو اراد ان يحلف قبل الحكم بعد ان كلف ثلاث مرات ولم يحلف فانه يحلف اذ ليس في هذه الصورة مـا يستلزم نقض حكم الحاكم - بخلاف ما بعد الحكم .

## فلا يلتفت اليه ويبقى الحكم على حاله

قيد بارادة الحلف لانه لو اراد اقامة البينة بما يبطل الحكم تسمع في بعض المواضع لما في البحر عن الخانية من باب ما يبطل دعوى المدعي رجل اشترى من رجل دابة فوجد بها عيباً فخاصم البائع فانكر البائع ان يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي عليه والزمه العبـد ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت اليه من هذا العيب واقـام البينة قبلت بينته .

يقول الفقير دعوى التبرأ من العيب بعد انكار وجوده عنده يؤكد عدم استحقاق الرد فلا يوجد تناقض يمنع سماع البينة .

وكما لو ادعى عيناً في يد انسان فانكر فطلب المدعي تحليفه لعجزه من البينة فحكم عليه لنكوله عن اليمين ثم بعـد الحكم دفع المدعى عليه دعوى المدعي واقام بينة انه اشتراها منه ، تسمع ويبطل الحكم الاول ( واقعات ) نعم بعد الحكم بالنكول لو اتى المحكوم عليـه بدفع فيه تناقض واراد اثباته ، لا يقبل كما لو ادعى رجل على آخر ثمن قن فانكر خصمه الشراء فبعد الحكم عليه بناء على النكول لو ادعى انه دفع ثمنه واراد اثباته بالبينة لا يسمع للتناقض ( فصولين ) .

المادة ١٧٥٢ — تعتبر يمين الاخرس باشارته المعهودة .

في الهندية عن الذخيرة من الباب الثالث في اليمين وان علم القاضي ان بلسانه آفة بان علم انه اخرس يامره ان يجيب بالاشارة ويعمل باشارته فان اشار بالاقرار تم الاقرار وان اشار بالانكار عرض عليه اليمين فان اشار بالاجابة كان يميناً وان اشار بالاباء يكون نكولا فيقضى عليه بالنكول ( راجع المادة ٧٥ ) وكيفية التحليف ان يقول له القاضي عليك عهد وميثاق ان كان كذا وكذا فان اومأ براسه ان نعم صار حالفاً وان لا صار ناكلاً .

## ﴿ لاحقة ﴾

المادة ١٧٥٣ — اذا قال المدعي ليس لي شاهد اصلاً ثم اراد ان يأتي بشهود او قال ليس لي شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لي شاهد آخر لا يقبل قوله .

اي سواء كان على طريق النفي كما في الفقرة الاولى او على طريق الحصر كما في الفقرة الثانية لا يقبل قوله وهذا قول الامام محمد مشت عليه المجلة وجهه ان في تقديمه الشهود بعد قوله السابق ليس لي شاهد اصلا او ليس لي شاهد سوى فلان وفلان تناقضاً والتناقض مردود . ويقبل في قول الامام ابي حنيفة على ما في العادية لان اليمين الفاجرة احق بالرد من البينة العادلة .

قال في الدر المختار وعلى هذا الخلاف لو قال لا دفع لي ثم اتى

بدفع او قال الشاهد لا شهادة لي ثم شهد . والاصح القبول لجواز النسيان ثم التذكر وحيث كان بين ائمتنا خلاف في هذه المسئلة نقل الفاضل علي حيدر افندي في شرحه ان جمعية المجلة الملغاة كانت اعطت ايضاحا لهذه المادة وهو انه في الدعاوي والشهادات الحسبية التي لا يجوز تأخيرها لغير عذر وفيما هو عائد لبيت المال والوقف واليتيم وغير الرشيد (اقول) وفي حكمها المعتوه والمجنون والصغير لو قال المدعي حسبة او امين بيت المال او المتولي او الوصي او الولي لا شاهد لي في هذه الدعوى ثم اراد ان يأتي بشهود فلا مانع من قبول بينتهم على ذلك اتباعاً لقول بعض الائمة . واما غيرهم فينتظران وفق المدعي بين قوليه كأن قال اني بعد ان قلت لا شاهد لي اصلاً تجدد لي علم بان المدعى عليه كان اشهد على نفسه بالحق شهوداً لم يكن لي بهم علم حتى الان والآن حيث علمت بذلك اقدمهم للشهادة ، يقبل منه — وان لم يوفق بين كلاميه كأن قال كنت ذكرت انه لا شاهد لي اصلاً لاني كنت ناسياً والآن تذكرتهم ولم يبد عذراً مقبولا يرفع التناقض فلا يقبل بموجب هذه المادة .

يقول الفقير هو ايضاح وجيه جامع بين القولين حاوٍ لما هو الارفق في الجهتين — بقي ما لو قال الشهود لا شهادة لنا في هذه الدعوى ثم شهدوا بها فهذه ايضا خلافية كما تقدم ولم تتعرض لها المجلة والذي يظهر انه يستدل من ترك التعرض لها على اختيارها قول الامام الاعظم لان العمل في المذهب انما هو عند الاطلاق ما لم يتقيد بامر سلطاني العمل بقول مجتهد غيره — ووجهه ظاهر لان ظاهر العدالة مع الوعيد بنص (ومن يكتمها فانه آثم قلبه) يقتضي قبول توفيقهم اذا قالوا نسينا الحادثة ثم تذكرناها خصوصا وهي من طرفهم عبادة محضة وليسوا باخصام ولا متهمين بعذر النسيان .

# الباب الرابع

## — في باب التنازع بالايدي —

اعلم اولا ان معرفة الخارج من ذي اليد عند التنازع بالايدي مهم جداً لان بذلك يتميز المدعي من المدعى عليه ويترتب على ذلك تعين المحل الذي تطلب فيه اليمين ومن يكون خصما في الدعوى ومن لا يكون وفي اي حالة يقضى قضاء ملك واستحقاق وفي اي حالة يقضى قضاء ترك الى غير ذلك من الاحكام ويعرف هذا بظاهر الحال مع التحليف ان لم تكن بينة .

في الفتاوي الانقروية في نوع في معرفة الخارج من ذي اليد ادعى كل منهما انه في يده ان كان بنى فيه احدهما او حفر بئراً فهو له ولو برهن كل على اليد يجعل بينهما لكن لا يقسم حتى يبرهنا على الملك او يعترفا بالاشتراك بطريق الارث .

ثم رمز لقاضيخان ادعى كل منهما انه له وفي يده ذكر محمّد في الاصل ان على كل منهما البينة والا فاليمين اذ كل منهما مقر بتوجيه الخصومة عليه لما ادعى اليد لنفسه . فلو برهن احدهما حكم له باليد ولا يصير مدعى عليه والآخر مدعيا ولو برهنا يجعل المدعي في يدهما لتساويهما في اثبات اليد .

وفيها عن الفصولين تنازعا في اليد واراد احدهما تحليف الآخر ينبغي ان يحلف لانه يظهر بنكوله يده في حق الناكل فيؤمر الناكل بترك التعرض الى ان يبرهن على اليد — واليد الحادثة بالغلبة لا عبرة لها لما فيها ايضا وان غلب انسان على ملك غيره واحدث فيه يدا لا يحصل بالغلبة صاحب اليد وان علم الحاكم باحداث يده امره بالرد الى الاول

وان انكر المتغلب بالاحداث حلفه بطلب الخصم ومثله في البزازية من نوع في اثبات اليد .

وفي البزازية لو برهن على انه في يده منذ عشر سنين وهذا احدث فيه يده قضى له بها لكن لا يكون هذا قضاء بالملك حتى لو برهن عليه المقضى عليه بانها ملكه قضى له بها .

واعلم انه لا عبرة لما يحدث من التبدل في اثناء دعوى اليد لما في الخانية في فصل في دعوى المنقول : رجل ادعى عينا في يد رجل فطولب بالبينة فلما قاما من عند القاضي باعها صاحب اليد من رجل بالف وتقابضا ثم اودعه المشتري عند البائع وغاب ثم جاء المدعي بالبينة فان كان القاضي يعلم بما صنع ذو اليد او اقر به المدعي لا تسمع بينة المدعي على ذي اليد وان لم يعلم به القاضي ولا اقر به المدعي تقبل بينة المدعي ولا تقبل بينة صاحب اليد انه باعه من فلان ثم اودعه فلان عنده وان اقام البينة على اقرار المدعي بذلك قبلت بينته وتدفع عنه الخصومة والهبة والصدقة اذا اتصل بها القبض بمنزلة البيع في ذلك .

وفيها ايضا لو ان رجلاً ادعى عينا في يد رجل فقبل ان يقيم البينة باعه المدعى عليه من رجل بمحضر من الشهود ثم اقام المدعي البينة على المدعى عليه ان العبد له فان القاضي يقضي به للمدعي ولا تقبل بينة المدعى عليه انه باعه - فان جاء المشتري بعد ذلك واقام البينة على المقضى له ان العين ملكه وهو في يده بغير حق يقضى به للمشتري .

ثم ان ظاهر الحال في وضع اليد تكون في كل شيء بحسبه ففي الدار مثلاً تكون بالسكنى واحداث الابنية وفي الجدار باتصال التربيع بان تكون لبنات الجدار المنازع فيه مشتبكة بجدار احد الخصمين وكالراكب على سرج الدابة اولى في اليد من الرديف - ولابس الثوب اولى من الآخذ بالكم وهكذا مما هو مسطور في كتب المذهب من كتاب الدعوى وينبغي لك مراجعة شرح المادة ٦٨ ( وهي دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه ) يعني انه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته

فان هناك فروعا تناسب هذا المقام .

المادة ١٧٥٤ — يلزم اثبات وضع اليد بالبينة في العقار المنازع فيه ولا يحكم بتصادق الطرفين يعني لا يحكم بكون المدعى عليه ذا اليد باقراره عند دعوى المدعي — ولكن اذا ادعى المدعي قائلاً اني كنت اشتريت ذلك العقار منك او كنت غصبته مني فلا حاجة الى اثبات كون المدعى عليه بالبينة وايضاً لا حاجة الى اثبات ذي اليد في المنقول على الوجه الذي ذكر آنفاً وهو في يد اي شخص كان فهو ذو اليد وتصادق الطرفين كاف في هذا .

[ يلزم اثبات وضع اليد بالبينة في العقار المنازع فيه ولا يحكم بتصادق الطرفين يعني لا يحكم بكون المدعى عليه ذا اليد باقراره عند دعوى المدعي . ]

اعلم ان الحكم بالملكية في العقار لا يكون الا بعد اثبات وضع اليد بالبينة وعن هذا صرحت المتون لا تثبت اليد في العقار بتصادقهما بل بينته بخلاف المنقول — ولو كان شهود وضع اليد هم ايضا شهود الملك يكفي وذلك لان العقار كما في الفتح قد يكون في غير يد المتخاصمين بان كان في يد مالكه الحقيقي يبعد عن العقار عادة فيتواضعان على ان يصدق المدعى عليه المدعي في ان ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعى عليه بان ذلك العقار له فيحكم القاضي للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذي كان العقار في يده

في الواقع ويفضي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير — بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة فلا مجال للمواضعة المذكورة بل ولا للشهود بان يشهدوا بخلاف الواقع فالتهمة في المنقول منتفية (بزازية)

وينبغي ان يعلم ان هذا الشرط اعني ثبوت وضع اليد بالبينة انما هو لصحة القضاء بالملكية للمدعي اذا اثبتها بالبينة لا لصحة الدعوى والا لما جاز تحليف المدعى عليه اذا انكر اليد مع انه يحلف غير انه اذا نكل عن اليمين ينزع العقار من يد المدعى عليه ويسلم للمدعي قضاء ترك لما في الفصولين عن الفتاوي الصغرى ادعى منقولا فاقر المدعى عليه انه في يده يقبل اقراره لا في العقار حتى يبرهن فلو انكر اليد ولم يكن للمدعي بينة يحلف .

وفيه ايضاً عن فتاوي قاضيخان انكر المدعى عليه كون العقار بيده يحلف حتى يقر فلو اقر باليد حلف على الملك اي انه ليس بملك المدعي فلو نكل يؤمر بترك التعرض اي يسلم العقار للمدعي قضاء ترك بحيث لا يحكم له بالملكية ما لم يثبت بالبينة وضع يد المدعى عليه

[ ولكن اذا ادعى المدعي قائلاً اني كنت اشتريت ذلك العقار منك او كنت غصبته مني فلا حاجة الى اثبات كون المدعى عليه ذا اليد بالبينة ]

يعني ان الدعوى في العقار انما تحتاج الى اثبات يد المدعى عليه اذا ادعاه بالملك المطلق بلا بيان سبب الملك — بخلاف بيان السبب فانه دعوى الفعل بان ادعى بانه شراه منه او غصبه او سرقه منه المدعى عليه ، فلا حاجة حينئذ لاثبات اليد لان هذا دعوى فعل وهو تملك وتمليك وازالة يد وهي كما تصلح على ذي اليد تصلح على غيره ولامكان تحقق الفعل من ذي اليد وغيره — مثلاً لو ادعى على آخر عقاراً بانه ملكي

وقد غصبته مني وطلب رده اليه صح بدون اثبات اليد بالبينة كما تصح لو قال غصبته وبعته من فلان واستلمه فاطلب منك قيمته ( راجع مادة ١٦٣٥ ) وفي الانقروي عن البزازية ادعى شيئاً في يد غيره وقال هو ملكي كان في يدي وان هذا احدث فيه يده بغير حق فهذا دعوى الغصب على ذي اليد وكذا لو قال هو ملكي وكان في يدي الى ان احدث المدعى عليه يده بغير حق يكون هذا دعوى الغصب

قال في البحر واما دعوى الملك المطلق فدعوى ترك التعرض بازالة اليد . وطلب ازالتها لا يتصور الا من صاحب اليد وباقراره لا يثبت كونه ذا يد لاحتمال المواضعة كما تقدم وفي الخانية : والحاصل ان اشتراط ثبوت اليد في العقار لا تسمع الا على صاحب اليد ودعوى اليد تقبل على غير صاحب اليد اذا كان الغير ينازعه في اليد فيجعل مدعيا لليد مقصوداً ومدعياً للملك تبعا لملك اليد اي وحيث كانت دعوى الملك تبعاً لملك اليد يصح سماع الدعوى بالملك وان لم تثبت اليد بالبينة فيحلف ويقضى له اذا نكل قضاء ترك [ وايضاً ] كدعوى الفعل من شراء او غصب او سرقة

## لا حاجة الى اثبات اليد في المنقول

لانه كما في المادة ( ١٦٢١ ) المنقول يحضر الى مجلس الحاكم ليشار اليه في الدعوى والشهادة وبهذا يتبين صاحب اليد فليس في تصادق الطرفين احتمال المواضعة المذكورة .

والحاصل ان ثبوت اليد في المنقول يكون بالمشاهدة والاقرار ويكون بالبينة حتى لو انكر المدعى عليه كون المنقول في يده واثبت المدعي انه كان في يده منذ سنة يعتبر المدعى عليه صاحب اليد كما في الهندية [ على الوجه الذي ذكر آنفا ] وهو الاثبات بالبينة ولا بد

وهو في يد اي شخص كان كاف في هذا

حـــه

المادة ١٧٥٥ - اذا تنازع شخصان في عقار وادعى كل منهما كونه ذا اليـد في ذلك العقار تطلب البينة من كل واحد منهما على كونه ذا اليد فاذا اقام كل منهما البينة على ذلك ثبت يدهما معاً على العقار فيشتركان فيـه واذا اظهر احدهما العجز عن اثبات وضع يـده واقام الآخر البينة على كونه واضع اليد يحكم بكونه ذا اليد ويعد الآخر خارجا . وان لم يثبت احد من الخصمين كونه ذا اليـد يحلف كل منهما بطلب الآخر على عدم كون خصمه ذا اليد في ذلك العقار ويشتركان فيه . وان نكل احدهما وحلف الآخر يحكم بكون الحالف ذا اليد مستقلاً بذلك العقار ويعـد الآخر خارجا . وان حلفا معاً فلا يحكم لاحد منهما بكونه ذا اليـد ويوقف العقار المدعى به الى ظهور حقيقة الحال .

## اذا تنازع شخصان في عقار وادعى كل منهما كونه ذا اليد في ذلك العقار

لما كان الكلام اولا بخصوص التنازع في الملكية بين في هذه المادة حكم التنازع باليد قال الامام السرخسي في مبسوطه لان دعوى اليـد مقصودة كما ان دعوى الملك مقصودة لان باليد يتوصل الى الانتفاع بالملك وقد تقدم عن الخانية في شرح المادة قبلها ان دعوى اليد تقبل على غير صاحب اليد اذا كان الغير ينازعه في اليد

[تطلب البينة من كل واحد منهما على كونه ذا اليد فاذا اقام كل منهما البينة على ذلك تثبت يدهما معاً على العقار فيشتركان فيه ].

اي في كون كل منهما ذا اليد لا غير لان البينتين هنا وان كانا متعارضتين الا انهما متساويتان في سببية الاستحقاق . والمساواة في سببية الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق فلم يكن لاحدهما رجحان على الاخرى والمحل قابل للاشتراك ليس من قبيل مثل النكاح فيقضى لكل واحد منهما بالنصف لمعنى الضيق والمزاحمة في المحل ( مبسوط ).

وثبوت يدهما بالاشتراك لا يستلزم الملكية لان اليد تتنوع الى يد استئجار وغصب وارتهان ( خيرية ) والقضاء بالملكية لا يكون الا ببينة او اقرار — ولو ارخا في دعوى اليد وتاريخ احدهما اسبق يقضى لصاحب التاريخ المتاخر لما في الخانية من دعوى المنقول : ولو تنازع رجلان في شيء فاقام احدهما البينة انه كان في يده منذ شهر واقام الآخر البينة انه في يده الساعة اقره القاضي في يد مدعي الساعة — وكذ لو اقام احدهما البينة انه في يده منذ شهر واقام الآخر البينة انه في يده منذ جمعة جعله القاضي في يد مدعي الجمعة — ولو ان احدهما ادعى اليد استقلالاً والاخر اشتراكا معه وكل منهما اثبت مدعاه بالبينة هل ترجح بينة الاستقلال قياساً على في مادتي ١٧٦٢ و ١٧٥٦ ، لم اجد لهذا نصا لكن يؤخذ من تعليل المبسوط بان دعوة اليد مقصودة كدعوى الملك لان باليد يتوصل الى الانتفاع بالملك والتصرف فيه ، ترجيح بينة الاستقلال ولان مدعي الاستقلال يكون خارجا بالنسبة للمقدار الذي يدعيه صاحبه وبينة الخارج اولى .

[واذا اظهر احدهما العجز عن اثبات وضع يده واقام

الآخر البينة على كونه واضع اليد يحكم بكونه ذا اليد ]

مستقلًا في ذلك العقار ومدعى عليه [ ويعد الاخر خارجا ] ومدعياً فتكون بينته على الملك هي المقبولة – لكن لو برهن الخارج على ملك وتاريخ ذي اليد لسبق او برهنا على النتاج او سبب ملك لا يتكرر او الخارج على الملك وذو اليد على الشراء. فذو اليد احق ( در مختار وكنز ) وشهادة اليد لا بد وان تكون عن معاينة فاذا شهدوا باليد يسئلهم القاضي فان قالوا نشهد عن اقرار ذي اليد رد شهادتهم وان بينوا انها عن معاينة قبل شهادتهم

وان لم يثبت احد من الخصمين كونه ذا اليد يحلف كل منهما بطلب الاخر

على البتات وان كان فعل الغير لانه يدعي العلم . واليمين تكون على النفي وهي عدم كون خصمه ذا اليد في ذلك العقار [ فان نكلا عن اليمين يثبت كونهما ذوي اليد في ذلك العقار ويشتركان فيه ] ويعتبر كل منهما بالنظر للقسم الذي تحت يده مدعى عليه وللقسم الذي تحت يد خصمه مدعياً فعلى هذا لو اقام احدهما ببينة على الملكية يحكم له بكل العقار لكن بالنصف الذي في يد صاحبه قضاء ملك وبالنصف الذي في يده قضاء ترك – وان عجزا عن البينة يحلف كل منهما بطلب خصمه على عدم ملكية صاحبه في الحصة التى يدعيها فان نكل كل منهما يحكم لكل منهما بالحصة التي ادعاها فقط – وان حلف احدهما ونكل الآخر يحكم للذي حلف بالكل نصفه قضاء ترك ونصفه قضاء ملك ( انقروي )

[ وان نكل احدهما وحلف الآخر يحكم بكون الحالف واضع اليد مستقلًا بذلك العقار ]

ومدعى عليه [ ويعد الاخر خارجا ] ومدعياً ثم ينظر ان اقر المدعى عليه صاحب اليد للخارج المدعي بالملكية يحكم عليه برده له وان انكر فعلى حسب شرح الفقرة الآنفة تطلب البينة من الخارج فان اثبت اخذ العقار والا يحلف المدعى عليه ذو اليد فان نكل يحكم للمدعي الخارج وان حلف يترك في يده

[ وان حلفا معاً فلا يحكم لاحد منهما بكونه ذا اليد ويوقف العقار المدعى به الى ظهور حقيقة الحال ]

لا لهذا ولا لهذا وذلك لان دعوى الملكية لا تسمع الا بعد ثبوت وضع اليد ولم تثبت وما لم تثبت لا يعلم المدعي من المدعى عليه انظر المادة ( ١٦٣٥ ) .

وقد ذكر الفاضل علي حيدر افندي في شرحه ان الاراضي الاميرية حيث كانت رقبتها غير مملوكة فدعوى التصرف فيها وفي المستغلات الوقفية هل يتوقف سماعها على اثبات وضع اليد كالعقارات الملكية . استظهر عدم لزوم اثبات وضع اليد لكون الدعوى بها عائداً للتصرف لا للتملك – وهذا وان لم ار فيه نقلاً صريحاً لكن العلة التي ذكروها في دعوى ملكية العقار وهي احتمال المواضعة من المتداعيين جارية ايضا في الاراضي الاميرية والمستغلات الوقفية بل الاحكام التي تترتب على وضع اليد في الاراضي الاميرية اشد من غيرها خصوصا وان المقصود من الملك هو التصرف والانتفاع وهو بعينه في الاراضي الاميرية فالذي يظهر لزوم اثبات وضع اليد وعليه العمل في سائر المحاكم .

جـ ٥

# الفصل الثاني

## — في ترجيح البينات —

المادة ١٧٥٦ — اذا ادعى احد الشخصين الملك بالاستقلال والآخر الملك بالاشتراك في مال والحال ان كلا منهما متصرف اي ذو يـد فبينة الاستقلال اولى يعني اذا اراد كلاهما ان يقيما البينة ترجح بينة الذي ادعى الاستقلال على بينة الذي ادعى الاشتراك واذا ادعى كلاهما الاستقلال واقاما البينة على ذلك يحكم لهما بذلك العقـار مشتركا واذا عجز احدهما عن الاثبات واثبت الآخر يحكم له بكون ذلك العقـار ملكه مستقلا .

اعلم اولا انه اذا اجتمعت بينتان على امرين متعارضين بحيث شهدت احد بهما على خلاف ما شهدت به الاخرى ولم يوجد مرجح من اسباب ترجيح البينات ففي بعض المواضع تتهاتر البينتان ولا يعمل بواحد منهما وذلك لكون المحل غير قابل للاشتراك فيتعذر العمل كما لو برهن اثنان على نكاح امرأة سقطا لعدم امكان الحكم بالزوجية لكل منهما فيفرق القاضي بينهما .

ثم هذا التهاتر مقيد بما اذا كانت الدعوى في حياة المدعيين والمرأة — اما لو برهنا على النكاح بعـد موتها ولم يؤرخا او ارخا واستوى تاريخهما يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل واحد منهما نصف المهر وهمـا يرثان منها ميراث زوج واحد فان جاءت بولد يثبت النسب منهما ويرث

من كل واحد منهما ميراث ابن كامل وهما يرثان من الابن ميراث اب واحد ( بحر ) عن الخلاصة وتمامه هناك .

كذلك لو شهدا بان زيداً قتل عمراً يوم النحر بالكوفه وشهد آخران انه قتله يوم النحر بمكة ، تساقطا لعدم امكان وقوع القتل في آن واحد في مكانين مختلفين فاحدهما كاذبة بيقين فلا يمكن العمل باقامة الحد ومثله اختلاف البينتين في زمان القتل وآلته .

كذلك لو كانت دعوى مال بناء على النسب واختلفت البينتان في النسب تساقطا لان النسب لا يقبل الاشتراك كالنكاح فسقط حينئذ دعوى المال كما لو ادعى رجل بانه ابن عم الميت فلان وطلب ميراثه المتروك تحت يده وجر نسبه الى الجد فانكر خصمه ما يدعيه من الارث والنسب فاثبت ذلك بالبينة فدفعه المدعى عليه قبل الحكم باقامة بينة بان جده هو فلان آخر غير الجد الذي اثبته المدعي تتساقط البينتان ويترك المال في يد المدعى عليه ( هندية ) .

كذلك لو ادعى عينا في يد انسان انها له واقام بينته على اقرار ذي اليد للمدعي واقام ذو اليد البينة على اقرار صاحبه تبطل البينتان وتبقى اليد بلا معارض ( انقروي من الخانية في الحادي عشر فيما يتنازع فيه اثنان ) . والفقه فيه ان الشهادتين مبنيتان على الاقرار وتعارضه لا يوجب نزع اليد .

كذلك لو ادعى انسان على ذي يد بالعين التي في يده انها ملكه اشتراها منه وادعى ذو اليد ايضا انها ملكه اشتراها من المدعي واقام كل منهما البينة على ما ادعاه تهاترا وتترك في يد ذي اليد الا اذا ارخا وتاريخ الخارج اسبق — بخلاف ما لو كانا خارجين ادعيا شراءها من آخر وبرهن كل منهما فانه يقضى بينهما مناصفة ( انقروي من الفصولين في دعوى الشراء والبيع ) .

فقول الفاضل علي حيدر افندي في شرحه هنا ( خارج وذو اليد دن ياخود خارجيندن هر بري ديكرندن الخ فراجمه ) فيه نظر لانه اذا

ادعى كل من خارجين على ذي يد في عين ان كلا منهما شراها منه وبرهنا يقضى بينهما مناصفة كما في الانقروي من المحل المذكور وغيره .

والحاصل ان هذه المسائل كلها تهاترت فيها البينتان لعدم امكان الاشتراك اما النكاح فظاهر واما القتل فلأنه لا يمكن ان يكون قتل واحد يشترك فيه مكانان او زمانان وهكذا النسب - كذلك الاقراران والشرآن في المسئلتين الاخيرتين تعارضا ولعدم التشريك بسبب رجحان اليد تساقطا .

واعلم ان يوم الموت لا يدخل تحت القضاء - بخلاف يوم القتل وفرعوا على الاول ما لو برهن الوارث على موت مورثه يوم كذا ثم برهنت امرأة على ان مورثه كان تزوجها بعد ذلك اليوم يقضى لها بالنكاح - وعلى الثاني لو برهن الوارث على ان مورثه قتل يوم كذا فبرهنت المراة على ان هذا المقتول تزوجها بعد ذلك اليوم لا يقبل - وعلى هذا جميع العقود والمداينات وكذا لو برهن الوارث على ان مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه انه قتله فلان قبل هذا بزمان يصح الدفع لدخوله تحت القضاء - لكن يستثنى من قولهم يوم الموت لا يدخل تحت القضاء مسئلة نقلها في البحر عن الظهيرية ادعى ضيعة في يد رجل انها كانت لفلان مات وتركها ميراثا لفلانة لا وارث له غيرها ثم ان فلانة ماتت وتركتها ميراثا لي لا وارث لها غيري وقضى القاضي له بالضيعة فقال المدعى عليه دفعاً للدعوى ان فلانة التي تدعي انت الارث لنفسك ماتت قبل فلان الذي تدعي الارث عنه لفلانه اختلفوا فيه بعضهم قالوا ان الدفع صحيح وبعضهم قالوا غير صحيح بناء على ان الموت لا يدخل تحت القضاء .

فعلى القول الاول تكون المسئلة مستثناة كما استثنوا مسئلة من قولهم يوم القتل يدخل تحت الحكم نقلها عن الظهيرية وهي ادعى على رجل انه قتل ابا‌ه عمداً بالسيف منذ عشرين سنة وانه لا وارث له سواه واقام البينة على ذلك فجاءت امرأة واقامت البينة ان والد هذا تزوجها منذ خمس عشرة سنة وان هذا ولده منها ووارثه مع ابنه هذا قال ابو حنيفة

استحسن هذا ان اجيز بينة المرأة واثبت نسب الولد ولا ابطل بينة الابن على القتل — وكان هذا الاستحسان للاحتياط في امر النسب بدليل انها لو اقامت البينة على النكاح ولم تأت بالولد فالبينة بينة الابن وله الميراث دون المرأة — وقد تتهاتر البينتان فيما لو ادعى كل منهما ان الدابة نتجت عنده وارخا ولم يوافق على سن الدابة تاريخ احدهما تهاترتا وتترك في يد المدعى عليه قضاء ترك .

ثم ما تقدم من تهاتر البينتين في المواضع التي ذكرناها هي حالة من حالات تعارضها — وفي بعض المواضع قد يعمل بهما معاً اذا كان المحل قابلًا للاشتراك ولم يوجد مرجح وذلك فيما عدا ما ذكر وهذه حالة ثانية مثاله عين في يدهما ادعاها كل منهما استقلالا وبرهن كلاهما على ذلك يحكم بالمناصفة بينهما كما سيأتي في المادة ١٧٥٦ او كان كل منهما خارجا ادعيا عيناً في يد ثالث ملكاً مطلقا او نتاجا وبرهن كل على مدعاه ولم يوجد مرجح لاحدى البينتين يحكم بالمناصفة بينهما لتساويهما — كذلك لو ادعى خارجان على ذي يد في عين أحدهما يدعي الشراء والآخر امرأة تدعي انه تزوجها عليه مهراً وبرهنا فهما سواء لان كلا العقدين معاوضة فيحكم لها مناصفة وهي ترجع على الزوج بنصف قيمته لاستحقاق نصف المسمى وهو بنصف الثمن ان كان نقده لاستحقاق نصف المبيع بخلاف ١٠ لو ادعى احدهما نحو الشراء والآخر الهبة والصدقة فبينة مدعي الشراء اولى لانه اقوى ( تنوير وغيره ) وتمامه هناك واما لو كان احدهما خارجاً والآخر ذا يد فبينة الخارج اولى كما سياتي في المادة ( ١٧٥٧ ) .

ولتعارض البينتين حالة ثالثة وهي ترجيح احداها على الاخرى والعمل بالراجحة وهي التي الف الفقهاء فيها كتباً . وضابطها يرجع الى اثبات خلاف الظاهر وقد اوردت لها المجلة ثلاث عشرة مادة فقالت .

## المادة ١٧٥٦ — اذا ادعى احد الشخصين الملك بالاستقلال

والآخر الملك بالاشتراك في مال والحال ان كلا منهما متصرف اي ذو يد فبينة الاستقلال اولى يعني اذا اراد كلاهما ان يقيما البينة ترجح بينة الذي ادعى الاستقلال على بينة الذي ادعى الاشتراك . واما اذا ادعى كلاهما الاستقلال واقاما البينة على ذلك يحكم لهما بذلك العقار مشتركا واذا عجز عن الاثبات واثبت الآخر يحكم له بكون ذلك العقار ملكه مستقلا .

[اذا ادعى احد الشخصين الملك بالاستقلال والآخر الملك بالاشتراك في مال والحال ان كلا منهما متصرف اي ذو يد فبينة الاستقلال اولى يعني اذا اراد كلاهما ان يقيما البينة ترجح بينة الذي ادعى الاستقلال على بينة الذي ادعى الاشتراك]

بمنقول او عقار فان قلت يترأى في عبارات الفقهاء تناقض فقد صرحوا في مواضع بمثل ما ذكرت المجلة ان بينة الاستقلال فيما في يد المتخاصمين اولى مع انهم في مواضع اخر صرحوا بخلاف ذلك . ففي الانقروية عن الكافي ولو كانت الدار في يد ثلاثة فادعى احدهم كلها وآخر ثلثها وآخر نصفها وبرهنوا فهي مقسومة عنده بطريق المنازعة وعندهما بالعول ونظير هذه المسئلة كثير في كتبهم فما الطريقة لدفع هذا التوهم .

اعلم ان المراد بما في مادة هذه المجلة واضرابها فيما اذا كانت اليد ثابتة للمتخاصمين ببرهان او علم قاض يتصرفان بلا نزاع ثم بعد ذلك اقاما البرهان على الملكية ففي هذه الحالة ترجح بينة الاستقلال وهذا ما افادته المادة بقولها ( والحال ان كلا منهما متصرف اي ذو يد فهذا

القيد احترازاً عما اذا كانت يدهما بعد لم تثبت وتنازعا بها وبالملكيه معا فلا ترجيح حينئذ لبينة الاستقلال لعدم معرفة الخارج من ذي اليد حتى يقضي بينة الاستقلال للخارج .

واما اذا كان وضع يدهما غير معلوم ببينة او غيرها بل بمجرد المشاهدة ثم ادعى احدهما الكل والآخر الاشتراك فالاصل في هذه المسئلة ما ذكره في العناية والهداية والمبسوط ان دعوى كل واحد من المتداعيين تنصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت في ايديهما فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان اقاما فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج اولى فيقضى له بذلك ونصفها لا على وجه القضا وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده .

يقول الضعيف وللفرق بين المسئلتين صرحت الهندية في الفصل الرابع في تنازع الايدي حيث قالت اذا تنازع رجلان في دار يدعي كل واحد منهما انها في يده فان عرف القاضي كون الدار في يد احدهما جعله صاحب اليد وان لم يعرف وعرف انها ليست في يد ثالث فكل واحد منهما مدع ومدعى عليه فان اقاما البينة على اليد قضى بالدار لهما ( اي قضاء ترك ) وتجعل الدار في ايديهما ولو وجدها في يد ثالث ينزعها من يده عند طلبهما وقبل ذلك لا ينزعها من يد ثالث وان قامت لاحدها بينة قضى باليد له — وان لم يكن لهما بينة ولا لاحدهما يحلف كل واحد منهما على صاحبه فان حلفا برىء كل واحد من دعوى صاحبه ويوقف القاضي الدار الى ان يظهر حقيقة الحال ولا يجعلها في يد واحد منهما . وان نكل احدهما عن اليمين وحلف الآخر لم يجعلها القاضي في يد الحالف ولكن يمنع الناكل من ان يتعرض للدار — وان وجد القاضي الدار في يد الثالث لا ينزعها من يد الثالث هكذا في المحيط .

ثم ذكرت ما يؤيد مسئلة المجلة فقالت اذا تعلق رجلان بعين واقاما البينة على اليد حتى جعلناها في ايديهما لو اقام احدهما بينة ان العين ملكه تضي له بالنصف الذي في يد صاحبه وترك النصف الذي في يده على حاله — هكذا ذكر في بعض المواضع اذا اقاما البينة على اليد ثم اقام احدهما بينة ان العين له قضي بكلها له كذا في الذخيرة والمحيط .

ومثله ما في مبسوط الامام السرخسي من باب دعوى الرهط في الدار عند قوله ( فان كان المدعون ثلاثة يدعي احدهم جميعها الخ ) مع قوله بعد ذلك ( ولو كانت الدار في يد رجلين فادعى احدهما نصفها والآخر جميعها الخ ) فارجع اليه .

وبما اوضحناه يندفع الاشكال بما يتراى لك من التدافع في كلامهم .
ولو لا بينة لهما، فعلى قول مدعي النصف يحلف لمدعي الجميع ومدعي الجميع لا يحلف لمدعي النصف فاذا حلف مدعي النصف يحكم له بالنصف وعلى قول يحلف كل منهما فاذا نكل مدعي الاشتراك وحلف مدعي الاستقلال يحكم لمدعي الاستقلال بالكل وبالعكس يحكم لمدعي الاشتراك بالنصف ويترك النصف الآخر في يد مدعي الاستقلال — واحترز ايضا بكونه في ايديهما عما لو كان في يد خارج وبرهن احدهما على كله والآخر على نصفه حكم لهما بالاشتراك بطريق المنازعة عند ابي حنيفة او العول عند ابي يوسف ومحمد ولا ترجح حينئذ بينة الاستقلال

## [ واذا ادعى كلاهما الاستقلال واقاما البينة على ذلك يحكم لهما بذلك العقار مشتركا ]

لان كلا منهما مدعى عليه ذو يد باعتبار ما في يده ومدع خارج باعتبار ما في يد صاحبه محكوم له بما في يد صاحبه محكوم عليه لصاحبه بما في يده .

ج ـــ ٥

## [ واذا عجز احدهمــا عن الاثبات واثبت الاخر يحكم له بكون ذلك العقار ملكه مستقلا ]

لان البينة اقوى من وضع اليد . ولو عجزا عن الاثبات يحلفان فان حلفا خاص كل منهما من دعوى الآخر ويبقى المدعى به في ايديهما .

لكن لو كانت دار اسفلها في يد رجل وعلوها في يد آخر وطريق العلو في ساحة السفل ادعى كل واحد منهما ان جميع الدار له ولا بينة لهما فانه يقضى لصاحب العلو بالعلو وبحق المرور في الساحة ويقضى لصاحب السفل بجميع السفل وبرقبة طريق العلو انقروي عن المحيط — وهــذا الحكم فيما لو كانت الساحة في يد صاحب السفل امــا لو كانت في ايديهما فيحكم بها . مناصفة وان اقاما البينة فلكل واحد منهما ما في يد صاحبه ترجيحاً لبينة الخارج على بينة ذي اليد في دعوى الملك

وفي الهداية واذا كانت الدار في يــد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة ، فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها تقسم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة لان صاحب النصف لا ينــازع الآخر في النصف فسلم له واستوت منازعتهما في النصف الاخر فينصف الآخر فتجعل الدار على اربعة لحاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف واقله اربعة وقالا هي بينهما اثلاثا اعتباراً بطريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب اليد وصاحب النصف يضرب بسهم واحد اي يضرب بكل حقه ايضا وهو سهم واحد فيقسم اثلاثا ثلثاها لمدعي الجميع وثلثها لمدعي النصف . ثم قال ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر

وفي البحر عن الزيادات لقاضيخان جنس مسائل القسمة لوبعة منها ما يقسم بطريق العول والمضاربة اتفاقاً ومنها ما يقسم بطريق المنازعة اتفاقــاً

ح ـــ ه

ومنها مـــا يقسم بطريق المنازعة عنـد ابي حنيفة وعندهما بطريق العول والمضاربة . ومنها ما يقسم عكس ذلك على الخلاف ولنذكر لك من كل قسم مثالا .

اما القسم الاول فنحو الميراث اذا اجتمعت سهام الفرائض في التركة وضاقت التركة على الوفاء بها يقسم على طريق العول كما لو ماتت وتركت زوجا واختا شقيقة واختا لام فالمسئلة من ستة وتعول الى سبعـة فهذه اجماعية

واما القسم الثاني فالفضولي اذا باع دابة رجل بغير امره وفضولي آخر باع نصفها واجاز المالكُ البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعــا بالاتفاق .

واما القسم الثالث فمسئلة المـادة المذكورة وكما اذا اوصى بجميع ماله لرجل ونصفه لآخر واجازت الورثة عند ابي حنيفة المال بينهما ارباعا وعنـدهما اثلاثاً .

واما القسم الرابع وهو ما يقسم بطريق العول عند ابي حنيفة وعندهما بطريق المنازعـة فنحو العبد المأذون بالتجارة اذا اداته اجنبي مائـة واجنبي آخر خمسين وبيع العبد عنـد ابي حنيفة يقسم الثمن بينهما اثلاثا وعنـدهما ارباعا .

ومنشأ الاتفاق في بعض المسائل والافتراق في بعضها اختلاف الاصل المقرر عندهم فالاصل عند ابي حنيفة كما في الفتح ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه فيقسم كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه فان الاسباب التي يدلي بها اصحاب الاستحقاق لا تحتاج الى انضمام شيء معهـا اصلا فكانت عولية - بخلاف مسئلة المادة المذكورة فان سبب الاستحقاق للمدعى به هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها فلذا كانت القسمة بالمنازعة عنده .

واصل ابي يوسف ومحمد ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في

العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثـة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كمسئلة الفضولي فان القسمة فيها بين المشتريين لا لحق كان لهما في المبيع بل في الثمن

وقد يوجد مسئلة ينطبق عليها الاصلان فتكون بطريق المنازعـة اتفاقا كمسئلة الفضولي — وبطريق العول اتفاقا كقسمة التركة بين الورثة

وذكر العلائي في الدر المختار لكل من القولين اصلين آخرين وهما وان اختلفا عن الاولين في المفهوم متحدان معها بالاطراد في جميع المسائل المختلف فيها والمتفق عليها قال : الاصل عنده ان القسمة متى وجبت لحق ثابت في ذمة او في عين شائعا في البعض لكل المستحقين فعوليه ومتى وجبت قسمة العين بحق كان ثبت على وجـه التميز لا الشيوع كما لو اوصى بجميع ماله لرجل و بنصفه لآخر وهو يخرج من ثلثه او لا يخرج واجازت الورثة او كان لاحدهما شايعا وللآخر في الكل كمسئلة المادة فنازعة .

قال العلامة الطحطاوي بيانه ان الحقوق متى وجبت في الذمة فقد استوت في القوة لان الذمة متسعة فيضرب كل واحـد بجميع حقه في العين — وكذا اذا كان حق كل واحـد في العين لكن في الجزء الشائع فقد استوت في القوة لان ما من جزء ثبت فيه حق احدهما الا وللآخر ان يزاحمه فيه فكانت الحقوق مستوية في القوة .

والاصل في قسمة العول الميراث وفيه حق كل واحـد منهم ثبت في البعض الشائع فاذا ثبت الحقان على وجه التميز لم يكن في معنى الميراث — وكذا اذا كان حق احدهما في البعض الشـائع وحق الآخر في الكل لم يكن في معنى الميراث — ولان حق كل واحـد منهما اذا كان في البعض الشائع وما ياخذ كل واحد منهما مفرز وانه غير الشائع كان المأخوذ بدل حقه لا اصل حقه فيكون في معـنى الميراث والتركة التي اجتمعت فيها الديون — والاصل عندهما انه متى ثبت الحقان معا في وقت واحد على الشيوع لا في وقتين فعوليه وان ثبتا في وقتين مختلفين

او على وجه التمييز دون الشيوع فمنازعة — فالميراث ثبتت فيه الحقوق على وجه الشيوع في وقت واحد وهو وقت الموت فيقسم بطريق العول وفي مسئلة المادة مثلاً انما ثبت الحق بالقضاء .ووقت القضاء واحد فكانت عندهما في معنى الميراث .

واما مسئلة الفضولي فوقت ثبوت الحقين فيها مختلف لان الملك ثبت عند الاجازة مستنداً الى وقت العقد ووقت العقد مختلف فتكون على طريق المنازعة — وفي البدائع في فصل تعارض الدعوتين الاصح قسمة ابي حنيفة — وان اردت الوقوف على مفردات المسائل للاقسام الاربعة فهي محصورة بالاستقراء نقلها في البحر عن شرح الزيادات لقاضيخان — ويسهل لفطنتك تخريج القسمة على قوله بالمنازعة او العول اذا احطت علما بالاصل المنقول عنه .

المادة ١٧٥٧ —بينة الخارج اولى في دعوى الملك المطلق الذي لم يبين فيها تاريخ مثلاً اذا ادعى احد الدار التي هي في يد آخر بانها ملكي وان هذا قد وضع يده عليها بغير حق وانا اطلب ان تسلم لي وقال ذو اليد ان هذه الدار ملكي ولذا وضعت يدي عليها بحق ترجح بينة الخارج وتسمع .

[بينة الخارج اولى في دعوى الملك المطلق] .

اراد بالملك المطلق ان يدعي الملك من غير ان يتعرض للسبب بان يقول هذا ملكي ولا يقول هـذا ملكي بسبب الشراء او الارث او نحو ذلك . وهـذا لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات — وقيد الملك بالمطلق احترازاً عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا

ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض ، وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وارخا وتاريخ ذي اليد اسبق ففي هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع – بيانه ان المدعى عليه اذا تمسك بدعوى النتاج او سبق التاريخ او القبض بمعنى تلقي الملك من آخر يكون آتياً بهذه الزيادة لدفع دعوى الخارج فصار مدعياً بها والخارج مدعى عليه ولولا ذلك لما قبلت بينته والا اختلت قاعدة ان البينة على المدعي واليمين على من انكر واليد وان كانت تدل على الملك ظاهراً لكنها لا تدل على النتاج واخويه فالبينة على ذلك مثبتة لا مؤكدة ولهذا ترجحت ( فتح ) .

وانما كانت بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق لانها اكثر اثباتا اذ اليد بحسب الظاهر دليل الملك فبينة الخارج اثبتت ما ليس بظاهر فكان اثباتها اكثر – وايضا بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع فهي اكثر اظهاراً فكانت بينة الخارج مثبتة لاصل الملك – بخلاف بينة ذي اليد فانها مؤكدة للملك الثابت باليد والتأكيد وصف للموجود لا اثبات اصل الملك فهي اولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لاجله والخارج مدع وذو اليد مدعى عليه فالبينة للتقسيم الوارد بحديث البينة على المدعي واليمين على من انكر .

ثم هذا اذا لم يكن مع دعوى الملك المطلق دعوى فعل من احدهما على الآخر والا فبينة مدعي الفعل اولى لما في الانقروية عن المحيط : وان ادعى احدهما على صاحبه انه غصبه منه او ادعى انه اعاره منه او اودعه منه فانه يقضي ببينته لانها اكثر اثباتا ولو ادعى كل منهما بما ذكر يقضي بينهما بالاشتراك .

ثم دعوى الخارج مع ذي اليد في التاريخ وعدمه لا تخلو من اربعة اوجه لم يؤرخا ، او ارخ احدهما فقط ، او ارخا واتحد تاريخهما ، او تاريخ احدهما اسبق ففي الصور الثلاث بينة الخارج اولى وفي الرابعة الاسبق تاريخا اولى ( در مختار وغيره ) .

وفي المبسوط من باب اختلاف الاوقات في الدعوى دار في يد رجل

فادعى رجل انها له منذ سنتين واقام البينة وادعى ذو اليد انها في يده منذ سنتين واقام البينة ولم يشهدوا انها له ، قضيت بها للمدعي وهو الخارج لان شهود المدعي شهدوا له بالملك نصاً وشهود ذي اليد شهدوا له باليد والايدي تتنوع الى يد امانة ويد ضمان ويد ملك فلا تعارض بينة الخارج — دابة في يد رجل اقام آخر البينة انها له منذ عشر سنين فنظر القاضي في سنها فاذا هي ابنة ثلاث سنين يعرف ذلك فبينته باطلة لان القاضي تيقن بمجازفة الشهود في شهادتهم فانهم شهدوا بالملك له فيها في وقت يتيقن انها لم تكن موجودة فيه والملك لا يسبق الوجود .

دار في يدي رجل اقام آخر البينة انها له منذ سنة واقام الآخر البينة انها له اشتراها من آخر منذ سنتين وهو يملكها يومئذ فاني اقضي بها لصاحب الشراء لانه اسبق تاريخا وقد اثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه الاخر فيه وهو خصم عن بائعه في اثبات الملك له في الوقت الذي ارخ شهوده فكان هو اولى بها — وكذا لو شهدوا انها له اشتراها من فلان منذ سنتين فشهادتهم بالملك للمشتري بمنزلة شهادتهم بالملك للبائع اذا شهدوا بالشراء — وكذلك اذا لم يشهدوا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن شهدوا ان فلانا باعها منه وسلمها اليه من سنتين او انه اشتراها من فلان منذ سنتين وقبضها فهذا وشهادتهم بالملك له سواء لان البائع في الظاهر انما يتمكن من التسليم اذا كان مالكا للمبيع — وكذلك المشتري انما يتمكن من القبض اذا اشتراها من المالك اه وتمامه هناك .

# مثلا اذا ادعى احد الدار التي في يد اخر بانها ملكي

ولم يبين سببا ولا ادعى فعلا [ وان هذا قد وضع يده عليها بغير حق وانا اطلب ان تسلم لي و ] بعد اثبات وضع اليد كما تقدم .

[ قال ذو اليد ان هذه الدار ملكي ولذا وضعت يدي

عليها بحق ترجح بينة الخارج وتسمع ]

لما علمت من قبل ومثل الملك المطلق الارث ففي البدائع وهامش الانقروي عن العادية : لو ادعى صاحب اليد الارث عن ابيه وادعى الخارج مثل ذلك واقاما بينة يقضى للخارج في قولهم جميعا - ولو ارخا وتاريخ احدهما اسبق قضي للاسبق - ثم هذه المادة فيما لو ادعى خارج على ذي اليد ولو كانا خارجين ادعيا ملكا مطلقا على ذي اليد وكل منهما برهن ان العين ملكه يقضى لهما بالاشتراك ان لم يؤرخا او ارخا واتحد تاريخهما او ارخ احدهما فقط وان كان تاريخ احدهما اسبق يقضى له ( درر وشرنبلالي ) وعلى هذا الارث كما سبق قريبا - فلو ادعيا دارا في يد رجل اقام احدهما البينة ان هذه الدار كانت دار فلان مات منذ سنتين وتركها ميراثا له واقام آخر البينة ان فلانا مات منذ سنة واحدة وتركها ميراثا له والذي في يديه ينكر دعواهما ويدعيها لنفسه قال محمد هي بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ في الموت (اي لان يوم الموت لا يدخل تحت القضاء) ولو اقام احدهما البينة ان هذه الدار كانت لفلان منذ ثلاث سنين ثم مات وتركها ميراثا له واقام آخر البينة ان هذه الدار كانت لفلان الميت منذ ثلاث سنين ثم مات وتركها ميراثا له واقام آخر البينة ان هذه الدار كانت لفلان الميت غير الاول منذ سنتين مات وتركها ميراثا فهي في هذا الوجه للذي اقام البينة على ثلاث سنين لانهم وقتوا الملك ( انقروية وخانية ) ولو برهن الخارجان على الملك المطلق فارخت احداهما دون الاخرى فهما سواء كما لو لم يؤرخا - وقال ابو يوسف المؤرخ اولى - بخلاف ما لو ارخت احداهما في دعوى الشراء فان المؤرخ اولى .

والحاصل انهما اذا لم يؤرخا او ارخا واستويا فهي بينهما في دعوى الملك والشراء وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالسابق اولى فيهما وان

ارخت احداهما فهي الاحق في دعوى الشراء دون الملك ( بحر ) .

وفيه دعوى الوقف كدعوى الملك المطلق فيقدم الخارج والاسبق تاريخاً – فلو ادعى متولي وقف زيد على آخر بان الدار التي تحت يـده هي وقف زيد وادعى ذو اليـد ملكيتها واقاما بينة ولم يبينا تاريخاً ، فبينة مدعي الوقف اولى لانه خارج ولو كانت في يد المتولي ترجح بينة الخارج بانها ملكه ويحكم له وان كان المدعى دابة فوافق سنها احد التاريخين كان اولى لان سن الدابة مكذب لاحدى البينتين فكان من صدقه اولى – وعلى هذا لو تنازع متولياً وقفين الخارج يدعي ان العقار هو من الوقف الذي تحت توليته وذو اليد يدعي انه من الوقف الذي هو متوليه ولم يبينا تاريخاً فبينة الخارج اولى

واعلم ان دعوى الملك المطلق ، يقابله المقيد بسبب . وهذا لا يخلو اما ان يكون سببا قابلًا للتكرار اولا فان قابلًا للتكرار فلا يخلو اما ان يدعيا تلقي الملك من شخص واحد او من شخصين فان من شخص واحد فبينة ذي اليد اولى كما سيأتي في المادة ( ١٧٥٨ ) عند قوله ( ولكن اذا ادعى كل منهما بانهما تلقيا الخ ) وان من شخصين فبينة الخارج اولى كما في الفقرة الاخيرة من المادة المذكورة عند قوله ( ولكن اذا قال ذو اليد انا اشتريت الخ وان كان السبب غير قابل للتكرار كالنتاج وما هو بمنزلته فبينة ذي اليد اولى كما سيأتي في المادة ( ١٧٥٩ ) .

المادة ١٧٥٨ — ترجح بينة الخارج ايضاً على بينة ذي اليد في دعاوي الملك المقيد بسبب قابل للتكرار ولم يبين فيهـا التاريخ كالشراء لكونها في حكم دعوى المطلق ولكن اذا ادعى كلاهما بانهما تلقيا الملك من شخص واحد ترجح بينة ذي اليد مثلًا اذا ادعى احد على آخر الدكان الذي في يده بانه ملكي وانا اشتريته من زيد وحال كونه ملكي بهذه الجهة

وضع يده عليه هذا الرجل بغير حق وقال ذو اليد اشتريته من بكر او هو موروث لي من والدي وبهذه الجهة قد وضعت يدي عليه ترجح بينة الخارج وتسمع ولكن اذا قال ذو اليد انا اشتريت هذا الدكان من زيد ترجح بينة ذي اليد على بينة الخارج بهذا الحال ٠

اعلم ان الدعوى من الخارج على ذي اليد لا تخلو اما ان تكون دعوى الملك او دعوى اليد او دعوى الحق وكلام المادة في الاول فاذا تعارضت فيه الدعاوي والبينات فلا يخلو اما ان تقوم البينتان على ملك مطلق عن الوقت او على ملك موقت او احداها على ملك مطلق عن الوقت والاخرى على موقت وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون الملك بسبب واما بغير سبب فان قامتا على ملك مطلق عن الوقت ولم يبين فيه سبب ولا تاريخ فبينة الخارج اولى عندنا وقد تقدم هذا في المادة الاولى فبادرت هذه المادة لبيان حكم الدعوى بسبب . ثم هذا السبب لا يخلو اما ان يكون سببا قابلًا للتكرار اي اعادته مرة بعد اخرى اولا فالاول حكمه حكم المطلق في ان بينة الخارج اولى . والثاني حكمه حكم النتاج وسيأتي بيانه - مثلًا الولادة في الملك سبب غير قابل للتكرار لان الحيوان لا يولد مرتين . قال في البحر والحقوا بالنتاج ما لا يتكرر سببه كالنسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كالثياب القطنية وغزل القطن وحلب اللبن واتخاذ الجبن والمرعزي وجز الصوف - وما يتكرر سببه لا يكون في معنى النتاج فيقضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق كالبناء والغرس وزراعة الحبوب فان البناء قد ينقض ويعاد وكذا الغرس يقلع ويغرس ثانيا وزراعة الحبوب قد تزرع في الارض ثم يغربل التراب فتزرع مرة ثانية .

فلو ادعى خارج ان البناء له هو بناه وادعى ذو اليد كذلك وبرهنا

يقضى للخـارج .

وكذا لو ادعى حنطة انها له زرعها لانها تزرع ثم تغربل فتزرع ولو ادعى حلياً انه له صاغه لم يكن هذا دعوى النتاج لان الحلي يصاغ مرة بعد اخرى ( خانية وبحر وغيرها ) ولما كان السبب القابل للتكرار في حكم الملك المطلق اشارت اليه المجلة فقالت

## ترجح بينـة الخارج ايضا

كما ترجح في دعوى الملك المطلق [ على بينة ذي اليد في دعاوي الملك المقيد بسبب قابل للتكرار ] نحو الغرس والبنـاء والصياغة وزرع الحبوب والشراء اذا كان من اثنين ومثله الارث

## ولم يبين فيهـا التاريخ

فلو ارخا وتاريخ احدهمـا اسبق يقضى له فيما لو كان الشراء من واحد فلو اختلف بائعها لم يترجح اسبقها تاريخـاً ولا المؤرخ فقط لان ملك بائعيها لا تاريخ له ( طحطاوي ) .

لكن ذكر في الفتح اختلاف الروايتين عن المجتهدين في هذه المسئلة وان صاحب النهاية ومعراج الدراية صرحا بان الاسبق تاريخـا اولى وقواه وهكذا في البدائع [ كالشراء ] بان برهن الخارج على انه ملكه بالشراء من زيد وذو اليد على انه ملكه بالشراء من عمرو بينة الخارج اولى الا اذا سبق تاريخ ذي اليد لان كلا منهما قائم مقام بائعه الذي تلقى الملك عنـه - فلو تنازع البائعان في مطلق الملكية يقضى للخارج فكذا من قام مقامهما وهذا [ لكونها ] اي دعوى الشراء [ في حكم دعوى الملك المطلق ] الذي لم يقيـد بسبب .

والحاصل ان سبق التاريخ انما يعتبر فيما لو كان المملك شخصاً واحداً وان كان شخصين ففيه اختلاف الرواية كما تقدم وصحح في الفتح اعتباره

ثم ان ترجيح بينة الخارج مقيد بقيود بان لا يدعي كل من الخارج وذي اليد الشراء من صاحبه والا فلو برهنا بلا وقت ولا بيان قبض، تهاترتا وترك المال المدعى به في يد من معه عند الاول والثاني وبان لا يكون ذو اليد فقط يدعي الشراء من الخارج والا فيقضى حينئذ لذي اليد ، وبان يكون احدهما ذا يد والآخر خارجا والا فلو كانا خارجين يدعيان الشراء يقضى لهما بالمناصفة وبان لا يدعي كل منهما انه اشتراه من شخص واحد والا فبينة ذي اليد مرجحة كما في الفقرة الاخيرة من هذه المادة ولهذا قال

[ ولكن اذا ادعى كلاهما بانهما تلقيا الملك من شخص واحد ترجح بينة ذي اليد ]

هذا اذا لم يثبت احدهما تاريخا فان ثبت يحكم له لان الشراء حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات ما لم يتبين وقته فاذا بين احدهما يحكم باسبقيته لهذه القاعدة ( درر وفتح ) .

[ مثلا اذا ادعى احد على آخر الدكان الذي في يده بانه ملكي وانا اشتريته من زيد وحال كونه ملكي بهذه الجهة وضع يده عليه هذا الرجل بغير حق وقال الرجل اشتريته من بكر او ( ادعاه بالارث وقال ) هو موروث لي من والدي وبهذه الجهة وضعت يدي عليه ترجح بينة الخارج وتسمع ]

ولا عبرة لتاريخ احدهما في هذه الصورة لانها كدعوى الملك المطلق ومثله بيان سبب قابل للتكرار كبناء وغرس [ ولكن ] اذا اتحد الملك كما

[ اذا قال ذو اليد انا اشتريت هذا الدكان من زيد ترجح

ج — ه

بينة ذي اليد على بينة الخارج بهذا الحال]

ويعتبر تاريخ احدهما - بخلاف التلقي من شخصين . والفرق ان البائع ان كان واحداً كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح الوقت . واما اذا كان متعدداً فكما جاز ان يقعا متعارضين جاز ان يقعا معاً وفي ذلك تعارض ايضاً فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض ( عناية وفتح ) من باب ما يدعيه الرجلان .

وخلاصة ما يتحصل من دعوى الشراء من واحـد كما هو صريح المعتبرات ان المدعى به لا يخلو اما ان يكون حين المخاصمة في يد البائع فادعى كل منهما شراءه من زيد فانكر زيد وبرهنا فان ارخا واستوى تاريخها او لم يؤرخا فهو بينهما مناصفة وفي هـاتين الصورتين لكل منهما الخيار ان شاء اخذ النصف بنصف المسمى وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليـه كما في المادة ( ٣٥١ ) وان ارخ احدهما فقط فبينة المورخ اولى او ارخا وتاريخ احدهما اسبق يحكم له - وامـا ان يكون في ايديهما وبرهنا فان اتحد تاريخهما او لم يؤرخا او ارخ احدهما دون الآخر يقضى بينهما مناصفة وهو المستفاد من الفقرة الثالثة من مادة ( ١٧٥٦ ). وان كان تاريخ احدهما اسبق يقضى له كما في المادة ( ١٧٦٠ ) .

واما ان يكون احدهما واضع اليد فان ارخا واتحـد تاريخهما او لم يؤرخا او ارخ احدهما فقط ففي هذه الصور الثلاث يقضى لصاحب اليد والفقرة الاخيرة الاستدراكية من هذه المادة شاملة لهـا وان كان تاريخ احدهما اسبق يقضى له ( بدائع وغيرها ) .

المادة ١٧٥٩ - بينة ذي اليـد اولى في دعاوي الملك المقيد بسبب غير قابل للتكرار كالنتاج مثلاً لو تنازع الخارج

وذو اليد في مهرة وادعى كل منهما انهـا ماله ومولودة من فرسه ترجح بينة ذي اليد .

[ بينة ذي اليد اولى في دعاوي الملك المقيد بسبب غير قابل للتكرار كالنتاج ]

النتاج هو الولادة وفي حكمه نحو حلب اللبن وقص الصوف وما لا يقبل النسج الا مرة واحدة كالثياب القطنية ثبت ذلك بمـا روي عن جابر رضي الله تعالى عنه ان رجلا ادعي بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقة في يد رجل واقام البينة عليه واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنـاقة لصاحب اليد ، ولان البينة القائمة على النتاج قائمة على اولية الملك وقد استوت البينتان في اظهار الاولية فترجح بينة صاحب اليـد باليد فيقضي ببينته ( بدائـع ) .

وكذلك في دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولو اقام احدهما البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق عن النتاج ، فبينة النتاج اولى لانها كما ذكرنا قامت على اولية الملك لصاحبه فـلا تثبت لغيره الا بالتلقي منه ثم ان قامت البينتان على النتاج فاما ان يوقتا اولا فان لم يوقتا يقضى لصاحب اليد لما ذكرنا - وان وقتا بنظر فان اتفقت البينتان فكذلك يحكم لذي اليد لسقوط اعتبار التوقيت بتعارضهما وان اختلفتا يحكم سن الدابة فيحكم لصاحب الوقت الذي وافقه سن الدابة خارجا كان او ذا يد لانه ظهر ان البينة الاخرى كاذبة بيقين .

هذا اذا علم سنها فان اشكل سقط اعتبار التاريخ لانه يحتمل ان يكون سنها موافقاً لهذا الوقت ويحتمل ان يكون موافقاً لذلك الوقت

ويحتمل ان يكون مخالفاً لها جيماً فيسقط اعتبارهما. كانهما سكتا عن التاريخ اصلاً — وان خالف سنها الوقتين جميعاً فعلى ظاهر الرواية سقط اعتبار الوقت فكأنهما لم يوقتا فيقضى لصاحب اليد قضاء ملك .

ونقل في البدائع عن مختصر الحاكم ان في رواية ابي الليث تتهاتر البينتان قال وهو الصحيح لان سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدّعى في يد صاحب اليد قضاء ترك ويجاب عن الرواية الاولى ان مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البينتين اصلاً ورأساً .

وهذه خلاصة صور المسائل فيما لو كان احدهما خارجا والآخر ذا يد كما هو المقصود في المادة .

| | |
|---|---|
| ادعى كل منهما النتاج وبرهنا اذا لم يذكر احدهما تاريخا | يحكم لذي اليد |
| او ارخا واتحد تاريخهما ان وافق التاريخان سن الدابة او اشكل | يحكم لذي اليد |
| تاريخ احدهما مقدم والآخر مؤخر وقد وافق تاريخ احدهما سن الدابة | يحكم لمن وافق سنها خارجا كان او ذا يد |
| اشكل ولم يعلم موافقة احد التاريخين لسن الدابة | يحكم لذي اليد |
| او ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر ان وافق سنها لتاريخ المؤرخ | يحكم له خارجا كان او ذا يد |
| وان لم يوافق | يحكم لذي اليد |

فعلم من هذه التفصيلات ان الحكم لذي اليد في النتاج يكون

في بعض الصور وان كان المدعى به في يدي كليهما وكل منهما يدعي النتاج وبرهنا .

| | |
|---|---|
| فاما ان لا يذكرا تاريخا | فيحكم لهما بالمناصفة ( درر وغيرها ) لعدم رجحان احدى البينتين على الاخرى |
| او ذكرا تاريخا ووافق سن الدابة او اشكل | كذلك يحكم لهما بالمناصفة |
| لم يوافق تاريخ كل منهما | يترك في ايديهما قضاء ترك |
| على عدم موافقة تاريخ احدهما واشكل تاريخ الاخر | يحكم لمن اشكل |
| اشكل تاريخ كل منهما | يحكم لهما مناصفة |
| ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر ان علم موافقة تاريخ المؤرخ | حكم له |
| وان علم عدم موافقته | حكم لمن يؤرخ |
| وان اشكل | حكم لهما بالمناصفة |
| وان كان كل منهما خارجا ولم يبرهنا | حكم لهما بالمناصفة |
| برهنا بتاريخ واحد فوافق التاريخ او اشكل | حكم لهما بالمناصفة |
| لم يوافق | تبطل بينتهما وتترك من كانت في يده هندية وفيها عن التبيين الاصح لا يبطلان بل يقضى بها بينهما ان |

كانا خارجين او كانت في ايديهما وان
كانت في يد احدهما يقضى بها لذي اليد

| | |
|---|---|
| تقدم تاريخ احدهما وتاخر تاريخ الاخر ايهما وافق تاريخه سن الدابة | يحكم لمن وافق تاريخه |
| لم يوافق تاريخها سنها | تبطل البينتان |
| اشكل كلا التاريخين | يحكم بينهما بالمناصفة |
| علم عدم موافقة احدهما واشكل تاريخ الآخر | يحكم لمن اشكل |
| ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر ان وافق تاريخ المؤرخ | يحكم له |
| لم يوافق تاريخه | يحكم لمن لم يورخ . |

والحاصل انهما لو برهنا على نتاج دابة وارخا قضي لمن وافق سنها تاريخه ولا فرق في ذلك بين ان تكون في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف — بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد ان كانت في يد احدهما او لهما ان كانت في ايديهما او في يد ثالث — وان اشكل سن الدابة في موافقة احد التاريخين يقضى لهما بها — وهذا اذا كانا خارجين بان كانت الدابة في ثالث وكذ ان كانت في ايديهما ( هندية عن المحيط )

واعلم انه لا تعتبر الشهادة بمجرد النتاج بدون الشهادة بالملك كما في سائر المعتبرات ولا فرق بين ان يكون النتاج في ملك من يدعيه او في ملك من تلقى الملك عنه — وفي الهندية وكذا لو كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج احق — ولو قضي بالنتاج لذي اليد ثم اقام ثالث

البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيد ذو اليد البينة على النتاج كذا في الكافي فان لم يقدر ذو اليد على اعادة البينة وقضى القاضي بالدابة للثالث ثم احضر ذو اليد بينة ان الدابة دأبته ولدت في ملكه، قضي بها له . وان لم يعد ذو اليد بينته ولكن حضر رابع واقام بينة انها دابته ولدت في ملكه فان القاضي يقول للثالث اعد بينتك على انهـا دابتك ولدت في ملكك بمحضر من الرابع فان احضرها كان هو احق بالدابة من الرابع فان حضر المدعي الاول واقام البينة انها دابته ولدت في ملكه لم تقبل بينته لانه تد قضي عليه به مرة فلا تقبل بينته على احد بعد ذلك

وفيها رجل في يديه دابة اقام رجل انها دابته ولدت في ملكه واقام رجل آخر بينة بمثل ذلك وقضى القاضي بالدابة بينهما نصفين ثم جاء ثالث واقام بينة بمثل ذلك يقضى بالدابة له ان لم يعد المقضى لهما البينة انهـا دابتهما ولدت في ملكهما فان اعاد ذلك احدهما دون الآخر قضي بالنصف الذي في يد الذي اعاد بينته له ولم تقبل فيه بينة الثالث ويقضى للثالث على المقضى له الآخر الذي لم يعد البينة بالنصف الذي في يديه ولا شركة فيه مع الثالث للذي اعاد بينته فان وجد المقضى عليه الاول وهو الذي كانت الدابة في يـديه بينة ان الدابة ملكه ولدت في ملكه واقامها عند القاضي قضى القاضي بالدابة له لانه لو اقام يومئذ البينة على ذلك كان هو اولى فكذا اذا اقام بينة بعد ذلك كذا في الذخيرة .

ولو ادعى ذو اليد والخارج المطلق وبرهنا وقضى على ذي اليـد بالملك ثم ان ذا اليد المقضى عليه لو اقام البينة على النتاج تقبل وينقض به القضاء الاول ( هندية عن الكافي ) .

المـادة ١٧٦٠ – بينة من تاريخه مقدم اولى في دعوى الملك المؤرخ مثلًا اذا ادعى احـد المرصة التي هي في يد آخر باني اشتريتها قبل هذا التاريخ بسنة من فلان وقال

ذو اليد انها موروثة لي من والدي الذي توفي قبل هـذا التاريخ بخمس سنين ترجح بينة ذي اليد وان قال هي موروثة من ابي الذي مات قبل ستة اشهر ترجح بينة الخـارج على هذا الحال . كذلك اذا ادعى كل من الخصمين انه اشترى المدعى به من شخص غير الذي اشترى منـه الآخر وبينا تاريخ تملك بايعهما ترجح بينته من تاريخ تملكه مقدم على الاخر .

## بينة من تاريخـه مقدم اولى في دعوى الملك المؤرخ

فيقضى للاسبق سواء كان خارجا او ذا يـد - ومثله الوقف فلو تنازع متوليا وقفين في عقار وكل منهما يدعي انه من الوقف الذي تحت توليته وبرهنا يرجح الاسبق تاريخا .

استفيد من قوله ( بينة من تاريخه مقدم الخ ) انه لا عبرة هنا لانفراد احدهما بالتاريخ بل يقضى للخارج . فلو ادعى خارج مالا في يد آخر انه ملكه بلا تاريخ وبرهن المدعى عليه انه ملكه منـذ خمس سنين ترجح بينة الخارج .

ثم ان العبرة في التقدم والتأخر لتاريخ الملك لا لتاريخ الغيبـة فلو قال في دعواه هذه الفرس لي غاب عني منذ شهر وقال ذو اليد لي منذ سنة قضي للمدعي لان ما ذكره تاريخ غيبة لا ملك فلم يوجد التاريخ من الطرفين فيقضى ببينة الخارج ( در مختار ) .

قيد بالملك لانه لو اقاما على انها في يده منذ سنين ولم يشهدوا انها له قضي بها للمدعي لانها شهدت باليد لا بالملك كما في البحر -

ولذا كانت بينة الاسبق تاريخاً اولى لما في البدائع ان بينته اظهرت الملـك له في وقت لا ينازعه فيه احـد فيدفع المدعي الى ان يثبت بالدليل سبباً للانتقال عنه الى غيره .

وهذا اي عدم الاعتبار لانفراد احدهما بالتاريخ قول الامام ابي حنيفة ومحمد . وجهه ان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز ان صاحب البينة المطلقة لو وقتت بينته كان وقتها اسبق فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقي دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج وقال ابو يوسف بينة صاحب الوقت اولى لانهـا اظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعي الملك المطلق بيقين بل يحتمـل المعارضة وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض بالوقت فلا تثبت المعارضة بالشك مثال هذا قول المجلة

[ مثلاً اذا ادعى احد العرصة التي هي في يد آخر باني اشتريتها قبل هذا التاريخ بسنة من فلان وقال ذو اليـد انها موروثة لي من والدي الذي توفي قبل هذا التاريخ بخمس سنين ترجح بينة ذي اليـد وان قال هي موروثة من ابي الذي مات قبل ستة اشهر ترجح بينة الخارج على هذا الحال ]

اذ كل منهما لسند الملك الى من تلقى عنه فمن كان تاريخه اسبق اسنده الى وقت لا ينازعه فيه الآخر فيقضى له

كذلك اذا ادعى كل من الخصمين

سواء كانا خارجين والعين في يد ثالث او في ايديهما او في يد احدهما

انه اشترى المدعى به

او ورثه [من شخص غير الذي لشترى منه الاخر] او ورثه

[وبينا تاريخ تملك بائعيهما ترجح بينته من تاريخه مقدم علـى الآخر].

كما لو كان بائعاهما اختصما في الملكية المطلقة وتاريخ بينـة احدهما اسبق فان الشراء لكونه سبباً قابلاً للتكرار كالملك المطلق ترجح فيـه بينة الخارج اذا لم يسبق تاريخ احدهما .

واما لو ادعى كل منهما الشراء من شخص واحد فحكمه تقدم في الفقرة الاستدراكية من المادة ( ١٧٥٨ ) ولو ادعيـا الشراء من اثنين وهما خارجان واحدهما اسبق تاريخا يقضى له ولو برهنا بلا تاريخ او ارخا تاريخا واحـداً او ارخ احدهما لا الآخر يقضى بينهما نصفين — بخلاف الخارجين اذا ادعيا الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحـداً فقد اتفقا على تلقي الملك منه ببيعه وانه امر حادث . والحادث يضاف الى اقرب اوقاتـه وقد ظهر بالتاريخ ان شراء صاحب الوقت اسبق ولا تاريخ مع الآخر وشراؤه امر حادث ولا يعلم تاريخـه فكان صاحب التـاريخ اولى

. وقد مر هذا في الفقرة من مادة ١٧٥٨ — وفي البدائع وان كان احدهما خارجا والآخر ذا يد وادعى الخارج انـه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بالف درهم ونقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراها من الخارج ونقده الثمن واقام كل واحد منهما البينة على ذلك فاما ان يقيما البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض واما ان توقت البينتان فان كان الاول لا تقبل البينتان عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا يجب لواحد منهما على صاحبه شيء ويترك المدعى في يد ذي اليد وذلك لان كل مشتر يكون مقراً بكون المبيع ملكا للبـائع فكأن دعوى الشراء من كل

واحد منهما اقرار بكون المبيع لصاحبه فكان البينتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الاقرارين تناف فتعذر العمل بالبينتين اصلاً فيترك في يد ذي اليد وعند محمد يقضى بالبينتين ويؤمر بتسليم المدّعى الى الخارج ·

بيانه على قوله ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وامكن التوفيق هنا بين البينتين بتصحيح العقدين بان يجعل كأن صاحب اليد اشتراه اولا من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ وقبض · وفي هذا التقدير تصحيح العقدين ولا يجعل القول بالعكس بان يجعل كأن الخارج اشترى اولا من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان في هذا التقدير افساد العقد الاخير لانه بيع العقار قبل القبض وهو غير جائز عند محمد فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذي قاله · واذا صح العقدان يبقى المشترَى في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم اليه

وان وقت كل منهما ، ووقت الخارج اسبق ، ينظر فان لم يذكر الشهود قبضا يقضي بالدار لصاحب اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف لان وقت الخارج اذا كان اسبق جعل كأنه اشترى الدار اولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد · وقال محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان اسبق جعل كأنه اشترى الدار اولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد · وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عنده واذا لم يجز بقي على ملك الخارج وعندهما جائز فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان ·

وان وقت كل منهما ووقت ذي اليد اسبق ولم يذكروا قبضا يقضى بها للخارج لانه اذا كان وقته اسبق يجعل سابقاً في الشراء كأنه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه · وكذلك اذا ذكروا قبضا لانه يقدر كأنه اشترى من صاحب اليد اولا

وقبض ثم اشترى منه الخارج وقبض ثم عادت الى صاحب اليد بوجه آخر.

المادة ١٧٦١ - لا يعتبر التاريخ في دعوى النتاج وترجح بينة ذي اليد كما ذكر آنفاً الا انه اذا لم يوافق سن المدعى به تاريخ ذي اليد ووافق تاريخ الخارج ترجح بينة الخارج وان خالف تاريخ كليهما او لم يكن معلوماً فتكون بينة كليهما متهاترة يعني متساقطة ويترك المدعى به في يد ذي اليد وتبقى له .

[ لا يعتبر التاريخ في دعوى النتاج وترجح بينة ذي اليد كما ذكر آنفاً ]

ارخا او لم يؤرخا او ارخ احدهما فقط فيحكم لذي اليد لان ذا اليد مقدم على الخارج في دعوى النتاج عدلنا به عن الاصل لحديث النتاج ( در مختار ) - ولو كان العين في يد ثالث او في ايديهما يقضى بينهما نصفين ( هندية ) قال في العناية وهذا هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ خلافاً لما يقول عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء لان القاضي يتيقن كذب احد الفريقين لان نتاج دابة من دابتين غير متصور .

وجه الصحيح ان محمداً ذكر في خارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد - والجواب عن قوله القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سبباً ظاهراً مطلقاً لاداء الشهادة . وهذا لان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها

معاينة الانفصال من الام بل يكفي رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز ان يعتمد سبباً ظاهراً لاداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار الى التهاتر .

ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعند عيسى بن ابان يحلف لان البينتين لما تهاترتا صار كأن البينتين لم تقوما للشهادة اصلاً فيقضى لذي اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج ( عناية وفتح ) .

قال في الدرر الا اذا ادعى الخارج عليه فعلا كما لو اقام رجل بينة انها دابته آجرها من ذي اليد او اعارها منه او رهنها اياه وذو اليد اقام بينة انها نتجت عنده فانه يقضى بها للخارج . وفي نور العين هذا هو الاصح لان اليد دليل الملك والنتاج من خصائصه فيكون دعوى ذي اليد النتاج موافقاً للظاهر واما دعوى الخارج فعلا على ذي اليد فخلاف الظاهر والبينات انما شرعت لاثبات خلاف الظاهر . وايضاً هي اكثر اثباتاً لانها تثبت الفعل عليه كما في البحر وحاشيته منحة الخالق

وفيه عن المحيط الخارج وذو اليد اذا اقاما البينة على نتاج العبد والخارج يدعي الاعتاق ايضاً فهو اولى وكذا اذا ادعيا وهو في يد ثالث واحدهما يدعي الاعتاق فهو اولى لان بينة النتاج مع العتق اكثر اثباتاً لانها اثبتت اولية الملك على وجه لا يستحق عليه اصلا . وبينة ذي اليد اثبتت الملك على وجه يتصور استحقاق ذلك عليه بخلاف ما اذا ادعى الخارج العتق مع مطلق الملك وذو اليد النتاج فبينة ذي اليد اولى لانهما لم يستويا في اثبات اولية الملك لان الخارج ما اثبت الملك فلم يعتبر العتق للترجيح وتمامه هناك - ويستثنى من هذا ما اشارت اليه المجلة فقالت

[ الا انه اذا لم يوافق سن المدعى به تاريخ ذي اليد

ووافق تاريخ الخارج ترجح بينة الخارج ]

لان ظاهر الحال مكذب لمن لم يوافق سن المدعى به تاريخه لا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف — و بقي صورتان اشارت اليهما المجلة الاولى قولها

وان خالف تاريخ كليهما

مان علمت المخالفة . الثانية ما لو اشكل بان لم يعلم ان سنها وافق احد التاريخين او كليهما ام لم يوافق بعد العرض على اهل الخبرة وهذا مفاد قولها

[ او لم يكن معلوما فتكون بينة كليهما متهاترة يعني متساقطة ويترك المدعى به في يد ذي اليد وتبقى له ]

قضاء ترك لا قضاء ملك والمتون في هاتين الصورتين كالملتقى والتنوير على انه ان كانت العين في يد ثالث او في ايديهما يقضى لهما مناصفة او في يد احدهما يقضى له وحده قضاء ملك . وهاك عبارة التنوير والدر المختار : ولو برهنا على نتاج دابة في ايديهما او احدهما او غيرهما وارخا قضي لمن وافق سنها تاريخه فاو لم يؤرخا قضي بها لذي اليد ولهما ان في ايديهما او في يد ثالث . وان لم يوافقها بان خالف او اشكل فلهما ان كانت في ايديهما او كانا خارجين فأن في يد احدهما قضي بها له هو الاصح اه

قال في التكملة مقابله ما في الهداية اذا خالف سنها الوقتين بطلت البينتان لظهور كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده وكأن المجلة مشت عليه .

واعلم ان مسئلة الرجلين اذا ادعيا عينا فاما ان يدعيا ملكاً مطلقاً ،

او ملكا بسبب متحد قابل للتكرار ، او غير قابل ، او مختلف احدهما اقوى من الآخر ، او مستويان من واحد او من متعدد ، او يدعي احدهما الملك المطلق والآخر الملك بسبب ، او احدهما ما يتكرر والآخر ما لا يتكرر فهي تسع - وكل منها اما ان يبرهن او يبرهن احدهما فقط او لا برهان لواحد منهما ولا مرجح او لاحدهما مرجح فهي اربع صارت ستا وثلاثين - وكل منها اما ان يكون المدعى به في يد ثالث او في يدهما او في يد احدهما فهي اربع صارت مائة واربعا واربعين - وكل منها على اربع اما ان لا يؤرخا ، او ارخا واستويا ، او سبق احدهما او ارخ احدهما صارت خمسمائة وستا وسبعين وقد اوصلها في التسهيل لجامع الفصولين الى سبعة آلاف وسبعين مسئلة وافردها برسالة خاصة واقتصرها العلامة اسيري زاده حيث جعل لها ميزانا واوصل الصور الى ست وتسعين فقال اعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخلو اما اذا ادعى كلاهما ملكا مطلقاً ، او ادعى كلاهما بسبب واحد بان ادعيا ارثا او شراء من اثنين او من واحد او ادعى احدهما ملكا مطلقا والآخر نتاجا ، او ادعى كلاهما نتاجا ، او ادعى كلاهما ملكا وانه اما ان يكون المدعى به في يد ثالث او في يدهما او في يد احدهما - وكل وجه على اربعة اقسام اما ان لم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا او ارخا وتاريخ احدهما اسبق او ارخ احدهما لا الآخر وجملة ذلك ست وتسعون مسئلة احببنا ذكرها تسهيلًا للمراجعة ·

ادعيا عينا مطلقا والعين في يد ثالث

١ ان لم يؤرخا يقضى بينهما　٢ او ارخا تاريخا واحدا يقضى بينهما　٣ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عندهما يقضى للاسبق وعند محمد في رواية يقضى بينهما

٤ او ارخ احدهما لا الآخر عند ابي حنيفة يقضى بينهما وعند

ابي يوسف للمؤرخ وعند محمد لمن اطلق ومشايخنا افتوا بقول ابي حنيفة

ادعيا ملكا مطلقا والعين في ايديهما

٥ لم يؤرخا يقضى بينهما

٦ او ارخا تاريخا واحداً يقضى بينهما

٧ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عندهما يقضى للاسبق وعند محمد في رواية يقضي بينهما ومشايخنا افتوا باولوية الاسبق على قول الامامين

٨ او ارخ احدهما لا الآخر عند ابي حنيفة يقضى بينهما وعند ابي يوسف للمؤرخ وعند محمد لمن اطلق ومشايخنا افتوا على قول ابي حنيفة

ادعيا ملكا مطلقا والعين في يد احدهما

٩ لم يؤرخا يقضى للخارج

١٠ او ارخا تاريخا واحداً يقضى للخارج

١١ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما وعند محمد يقضى للخارج افتى مشايخنا باولوية الاسبق على قول الامامين

١٢ او ارخ احدهما لا الآخر عند ابي يوسف يقضى للمؤرخ وعند محمد يقضى للخارج افتى مشايخنا على قول محمد

١٣ ادعيا ملكا ارثا من ابيه والعين في يد ثالث لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين

١٤ او ارخا تاريخا واحداً يقضى بينهما نصفين

١٥ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عند علمائنا الثلاثة يقضى للاسبق ان كان تاريخهما لملك مورثهما وان كان تاريخهما لموت مورثهما عند محمد يقضى بينهما نصفين

١٦ او ارخ احدهما لا الآخر يقضى بينهما اجماعا

ادعيا ملكا ارثا من ابيهما والعين في ايديهما اي ادعى كل منهما ارثا من ابيه

١٧ لم يورخا يقضى بينهما نصفين

١٨ او ارخا تاريخا واحداً يقضى بينهما نصفين

١٩ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عند علمائنا الثلاثة يقضى للاسبق ان كان تاريخهما لموت مورثهما وان كان تاريخهما لملك مورثهما عند محمد يقضى بينهما نصفين ورجح صاحب جامع الفصولين قول محمد هنا

٢٠ او ارخ احدهما لا الآخر يقضى بينهما اجماعا

ادعيا ملكا ارثا لابيه والعين في يد احدهما

٢١ لم يورخا يقضى للخارج

٢٢ او ارخا تاريخا واحداً يقضى للخارج

٢٣ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عندهما يقضى للخارج ومشايخنا افتوا باولوية الاسبق على قول الامامين

٢٤ او ارخ احدهما لا الآخر يقضى للخارج اجماعا

جـ ٥

## ادعيا الشراء من اثنين والعين في يد ثالث

٢٥ لم يؤرخا
يقضى بينهما نصفين

٢٦ او ارخا تاريخا واحداً
يقضى بينهما نصفين

٢٧ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عند علمائنا الثلاثة يقضى للاسبق ان كان تاريخهما للملك بايعهما وان كان تاريخهما لوقت اشترائهما عند محمد يقضى بينهما نصفين ورجح صاحب الفصولين قول محمد

٢٨ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى بينهما نصفين

## ادعيا شراء من اثنين والعين في ايديهما

٢٩ لم يؤرخا
يقضى بينهما نصفين

٣٠ او ارخا تاريخا واحداً
يقضى بينهما نصفين

٣١ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما

٣٢ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى بينهما نصفين

## ادعيا شراء من اثنين والعين في يد احدهما

٣٣ لم يؤرخا
يقضى للخارج

٣٤ او ارخا تاريخا واحداً
يقضى للخارج

٣٥ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما

٣٦ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى للخارج

جـــ ه

## ادعيا عيناً شراء من واحد والعين في يد ثالث

٣٧ لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين

٣٨ او ارخا تاريخا واحداً يقضى للخارج

٣٩ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما

٤٠ او ارخ احدهما لا الآخر يقضى للخارج

## ادعيا عينا شراء من اثنين والعين في ايديهما

٤١ لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين

٤٢ او ارخا تاريخا واحداً يقضى بينهما نصفين

٤٣ لو ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما

٤٤ او ارخ احدهما لا الاخر يقضى بينهما نصفين

## ادعيا عينا شراء من واحد والعين في يد احدهما

٤٥ لم يؤرخا يقضى لذي اليد

٤٦ او ارخا تاريخا واحدا يقضى لذي اليد

٤٧ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما

٤٨ او ارخ احدهما لا الآخر يقضى لذي اليد

٤٩ لم يؤرخا يقضى لذي النتاج

٥٠ او ارخا تاريخا واحدا يقضى لصاحب النتاج

٥١ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لصاحب النتاج

٥٢ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى لصاحب النتاج

ادعيا عيناً ملكاً مطلقاً والآخر نتاجا والعين في ايديهما

٥٣ لم يؤرخا
يقضى لصاحب النتاج

٥٤ لوارخا تاريخاً واحداً
يقضى لصاحب النتاج

٥٥ او ارخا وتاريخ
احدهما اسبق يقضى
لصاحب النتاج

٥٦ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى لصاحب النتاج

ادعيا عينا احدهما ملكا مطلقا والآخر نتاجا والعين في ايديهما

٥٧ لم يؤرخا
يقضى لصاحب النتاج

٥٨ او ارخا تاريخا واحداً
يقضى لصاحب النتاج

٥٩ اوارخا وتاريخ
احدهما اسبق
يقضى لصاحب النتاج

٦٠ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى لصاحب النتاج

ادعيا عيناً نتاجا والعين في يد ثالث

٦١ لم يؤرخا ان ادعيا الملك بسبب عملها فيما لا يتكرر قضي به بينهما نصفين وان ادعيـا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق يقضى به بينهما نصفين .

٦٢ او ارخا تاريخا واحداً ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيا لا يتكرر من

من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه . ان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن المولود للوقت الذي ذكر قضي به بينهما وان لم يوافق بان اشكل عليهما قضي به بينهما كذلك نصفين وان خالف سنه الوقت الذي ذكرا بطلت البينتان عند البعض وهو الاصح على ما قاله الزيلعي وحققه صاحب الدرر .

٦٣ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق ان ادعيا الملك بسبب عملها فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن المولود لتاريخ احدهما قضي به ان وافق سنه وقته وان لم يوافق بان اشكل عليهما يقضى بينهما نصفين وان اشكل على احدهما قضي بـه لمن اشكل عليه وان خالف الوقتين يطلب البيان عند البعض وهو الاصح على ما قاله الزيلعي وحققه صاحب الدرر وان خالف سن المولود لاحد الوقتين قضي بـه للآخر .

٦٤ او ارخ احدهما لا الآخر . ان ادعيا الملك بسبب عملها فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن المولود لتاريخ للمورخ قضي به للمورخ وان لم يوافق بان اشكل عليهما يقضى به بينهما نصفين وان خالف سنه لوقت المورخ يقضى بـه لمن لم يورخ لانه اذا كان سن الدابة مخالفاً لاحد الوقتين وهو مشكل في الوقت في الوقت الآخر قضي بها لمن اشكل عليه وهو من لم يورخ .

ادعيا نتاجا والعين في ايديهما

٦٥ لم يورخا ان ادعيا الملك بسبب عملها فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين . وان ادعيا الملك بسبب الولادة من

الحيوان والرقيق يقضى به بينهما نصفين

٦٦ او ارخا تاريخا او احداً ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيـه . وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق . ان وافق سن المولود للوقت الذي ذكرا قضي به بينهما وان لم يوافق بان اشكل عليهما قضي به بينهما كذلك نصفين ، وان خالف سـنه للوقت الذي ذكرا بطلت البينتان عند البعض ويقضى به بينهما عند البعض وهو الاصح على ما قاله الزيلعي وحققه صاحب الدرر

٦٧ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق ان ادعيا بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه ، وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق . ان وافق سن المولود لتاريخ احدهما قضي به لمن وافق سنه وقته ، وان لم يوافق بان اشكل عليهما يقضى بينهما نصفين ، وان اشكل على واحد منهما قضي به لمن اشكل عليه ، وان خالف سنه للوقتين بطلت البينتان عند البعض وهو الاصح على ما قاله الزيلعي وحققه صاحب الدرر وان خـالف سن المولود لاحد الوقتين تضي به للآخر .

٦٨ او ارخ احدهما لا الآخر ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيـه ، وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن المولود لتاريخ المؤرخ قضي به للمؤرخ وان لم يوافق بان اشكل يقضى بينهما نصفين وان خالف الوقت المؤرخ يقضى به لمن لم يؤرخ .

## ادعيا نتاجا والعين في يد احدهما

٦٩ لم يؤرخا ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتـاع

قضي به لذي اليد وان اقام كل منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى . وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق قضي به لذي اليد (من باب دعوى الرجلين في دعوى الهندية) .

٧٠ او ارخا تاريخا واحداً ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد ولا يعتبر التاريخ فيه ، وان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن المولود للوقت الذي ذكر قضى به لذي اليد وان لم يوافق بان اشكل او خالفهما قضى به لذي اليد كذلك .

٧١ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضي به لصاحب اليد ولا يعتبر التاريخ فيه ان ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن الدابة لتاريخ احدهما قضي به لمن وافق سنه وان لم يوافق بان اشكل عليهما قضي به لذي اليد وان اشكل على احدهما قضي به لمن اشكل عليه وان خالف سنه للوقتين قضي به لذي اليد وان خالف لاحد الوقتين قضي به للآخر .

٧٢ او ارخ احدهما لا الآخر ان ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع ، قضي به لصاحب اليد ولا يعتبر التاريخ فيه ان ادعيا بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ان وافق سن المولود لتاريخ المؤرخ قضي به للمؤرخ وان لم يوافق بان اشكل عليهما قضي به لذي اليد وان خالف سنه لوقت المؤرخ يقضى به لمن لم يؤرخ لانه اذا كان سن الدابة مخالفا لاحد الوقتين وهو مشكل في الوقت الآخر قضي به لمن اشكل عليه وهو من لم يؤرخ .

ج ــ ٥

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من واحد والعين في يد ثالث

بان ادعى احدهما شراء من زيد والآخر رهنا او هبة منه

٧٣ لم يؤرخا
يقضى لمدعي الشراء

٧٤ او ارخا تاريخا واحداً
يقضى لمدعي الشراء

٧٥ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق
يقضى للاسبق

٧٦ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى للمؤرخ

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من واحد والعين في يد احدهما

٧٧ لم يؤرخا
يقضى بينهما

٧٨ او ارخا تاريخا واحداً
يقضى بينهما

٧٩ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق
يقضى للاسبق

٨٠ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى بينهما

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من واحد والعين في يد احدهما

٨١ لم يؤرخا
يقضى لذي اليد

٨٢ او ارخا تاريخا واحداً
يقضى لذي اليد

٨٣ او ارخا وتاريخ احمدهما اسبق
يقضى الاسبق

٨٤ او ارخ احدهما لا الآخر
يقضى لذي اليد

ج ــ ص

ادعيا عينا بسببين مختلفين من اثنين والعين في يد ثالث

٨٥ لم يؤرخا يقضى بينهما كما في الملك المطلق

٨٦ او ارخا تاريخا واحداً يقضى بينهما كما في الملك المطلق

٨٧ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عند الامامين يقضى للاسبق وعند محمد يقضى بينهما كما في الملك المطلق ومشايخنا افتوا على قول الامامين

٨٨ او ارخ أحدهما لا الاخر يقضى بينهما عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يقضى للمؤرخ وعند محمد لمن اطلق كما في الملك المطلق ومشايخنا افتوا على قول ابي حنيفـة

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من اثنين والعين في يد احدهما

٨٩ لم يؤرخا يقضى بينهما كما في الملك المطلق

٩٠ او ارخا تاريخا واحداً يقضى بينهما كما في الملك المطلق

٩١ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عند الامامين يقضى للاسبق وعند محمد يقضى بينهما كما في الملك المطلق ومشايخنا افتوا على قول الامامين

٩٢ او ارخ احدهما لا الاخر عند ابي حنيفة يقضى بينهما وعند ابي يوسف يقضى للمؤرخ وعند محمد لمن اطلق كما في الملك المطلق ومشايخنا افتوا على قول ابي حنيفة .

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من اثنين والعين في يد احدهما

٩٣ لم يورخا يقضى للخارج كما في الملك المطلق

٩٤ او ارخا تاريخا واحداً يقضى للخارج كما في الملك المطلق

٩٥ او ارخا وتاريخ احدهما اسبق عند الامامين يقضى للاسبق وعند محمد يقضى للخارج كما في الملك المطلق ومشايخنا افتوا على قول الامامين

٩٦ او ارخ احدهما لا الآخر عند محمد يقضى للخارج وعند ابي يوسف يقضى للمورخ كما في الملك المطلق ومشايخنا افتوا على قول محمد .

المادة ١٧٦٢ — بينة الزيادة اولى مثلًا اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن او المبيع ترجح بينة من ادعى بالزيادة

اعلم ان جميع ما مر كان في تعارض البينتين القائمتين على اصل الملك وهذه المادة لبيان الحكم في تعارضهما على قدر الملك - والاصل فيه ان البينة المظهرة للزيادة اولى سواء كانت في دين او عين او ثمن مبيع . وهذا احد اسباب ترجيح البينات كسبق التاريخ والنتاج وقوة سببية الملك كالشراء مع الهبة والصدقة . وكما لو كان احد المتعارضين اكثر اثباتا كدعوى القرض الموجب لضمان المال مع دعوى المضاربة الموجب لنفيه وكما لو كان في احد المتعارضين اثبات عقد دون الآخر كما لو برهن المضارب على ان المال مضاربة و برهن رب المال على انه غصب منه المال - وكاثبات احدهما امراً عارضا الى غير ذلك مما هو مبسوط في ترجيح البينات ولها فروع كثيرة لا تدخل تحت الحصر .

مثلًا اذا اختلف المتبايعان في زيادة الثمن بان قال البايع بعته بالفين وقال المشتري بالف القول للمشتري بيمينه لانكاره الزيادة ولو برهنا يقضى ببينة البائع وكذا الاختلاف في قدر المبيع بان قال البائع بعتك هذا الفرس بالف وقال المشتري اشتريت منك هذا الفرس وهذا الحمار بالف وبرهنا يقضى ببينة المشتري .

ولو اختلفا في قدر كل من المبيع والثمن ترجح بينة البائع في الثمن وبينة المشتري في المبيع — ولو اختلف الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على الف وقالت المراة على الفين واقاما البينة يقضى ببينة المرأة — وانما كانت بينة الزيادة اولى لانه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالعمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة ( بدائع ) .

ولو اختلفا في بدل الاجارة فقال المؤجر الفان وقال المستأجر الفاً فبينة المؤجر اولى او في قدر المدة فقال المؤجر آجرتها سنة بالف وقال المستأجر سنتين بالف فبينة المستأجر اولى ( تنقيح ) .

ولو اختلفا في قيمة الرهن بعد هلاكه فبينة الراهن على زيادة القيمة اولى — وكذا بينة المرتهن انك رهنتني الثوبين اولى من بينة الراهن انه رهنه احدهما . وبينة رب المال على ان رأس المال الفان ، اولى من بينة المضارب على ان رأس المال الف . وبينة رب السلم اولى فيما لو اختلفا في قدر المسلم فيه او جنسه او صفته او زرعه — وبينة المسلم اليه اولى فيما لو اختلفا في رأس المال او في مضي الاجل لاثباتها الزيادة ( تنقيح ) .

ولو تنازع اخوان لاب فادعى احدهما ان هذه الدار كانت لامي ماتت وتركتها ميراثا لي ولابي وادعى الآخر انها كانت للاب مات وتركها ميراثا لي ولك فبينة الاول اولى لاثباته الزيادة — وبينة الزوجة على ان المفروض لها مائة نفقة اولى من بينة الزوج على ان المفروض خمسون . وبينتها على ان المتراكم نفقة سنتين اولى من بينة على انها من

سنـة ( تنقيح ) .

وبينة الآذن على ان ما صرفه المأذون فوق مصرف المثل اولى من بينة المأذون على ان ما صرفه مصرف المثل ( قارى، الهداية ) . وبينة ذي اليد على مضي خمس عشر سنة على انه متصرف بالمدعى به فـلا تسمع الدعوى ، اولى من بينة الخارج على انه مضى عشر سنوات فتسمع الدعوى . وبينة المدعي انه ابن عم الميت لابيه مع ذكر النسب ، اولى من بينـة المدعى عليه ان الميت فلان آخر او ان اباك اقر اقر في حياته انه اخو فلان لامه لا لابيه . وبينة القابض ان المال قرض ، اولى من بينة الدافع انه مضاربة . وبينة رب المال في المضاربة ، اولى فيما لو اختلفا في التخصيص بتجارة او بيع بنقد او عدمه . وبينة معير الثوب لاجل الرهن على هلاك الثوب بعد الرهن ، اولى من بينة المستعير على هلاكه قبل الرهن . وبينة البائع على ان المشتري قتل الدابة بعد مدة الخيار وله الثمن ، اولى من بينة المشتري على ان البائع قتلها في مدة الخيار ولا شيء له ، لبطلان البيع ( ترجيح البينات عن المحيط ) .

وبينة البائع على ان الحيوان مات بعد ما قبضه المشتري فله الثمن على المشتري ، اولى من بينة المشتري على ان الحيوان مات في يد البائع قبل ان يقبضه وليس له عليه شيء . والترجيح في هذه المسائل الخمس الاخيرة هو اثبات الضمان وهذا اصل في جواب جنس هذه المسائل ( محيط )

وبينة المدعي على ان قاضي بلد كذا حكم له عليه بالف ، اولى من بينة المدعى عليه على ان هذا القاضي حكم له بالبراءة . وبينة المديون بالالف على الصلح على اربعمائة والابراء ، اولى من بينة الطالب على الصلح على خمسمائة والابراء ( كذا في الهندية ) .

يقول الحقير والظاهر ان بينة المديون على الابراء اكثر اثباتا لانها قامت على الابراء عن ستمائة . وفيها ايضاً بينة المطلوب على ان الطالب ابراه عن الالف اولى من بينة الطالب على هذه الالف بمائة والعلة ما تقدم .

قال في البدائع ولا يلزم على هذا الاصل وهو ان بينة الزيادة اولى

ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بالف وقال المشتري بالفين واقاما البينة انه يقضى ببينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمها الله تعالى وان كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لان البينة انما تقبل لانها جعلت حجة المدعي في الاصل والمدعى هناك هو الشفيع فانه يدعي على المشتري التملك بهذا القدر من الثمن والمشتري ينكر فكان القول قول المنكر لوجود حد المدعي فيه وهو ان يكون مخيراً في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فاما المشتري فمجبور على الخصومة فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعي لا حجة المدعى عليه في الاصل لذلك قضي ببينة الشفيع •

المادة ١٧٦٣ — ترجح بينة التمليك على بينة العارية مثلا اذا ادعى احد المال الذي هو في يد آخر قائلا اني كنت اعطيته اياه عارية واراد استرداده وقال المدعى عليه كنت بعتني اياه ووهبتنيه ترجح بينة البيع او الهبة •

## ترجح بينة التمليك على بينة العارية

والايداع والغصب لان تمليك العين يتضمن تمليك العين يتضمن تمليك منفعتها ضرورة وفي العارية تمليك المنفعة فقط ففي بينة التمليك زيادة اثبات فترجح •

[ مثلا اذا ادعى احد المال الذي هو في يد آخر قائلا اني كنت اعطيته اياه عارية واراد استرداده وقال المدعى

عليه كنت بعتني اياه او وهبته ترجح بينة البيع والهبة .

وكذا التمليك اقوى من الايداع فلو ادعى على ذي اليد ان هذه العين التي في يدك ملكي اودعتك اياها وادعى الآخر انه باعه اياها بثمن معلوم وبرهنا ترجح بينة مدعي التملك بالشراء لانـه اقوى من الايداع ( نتيجـة ) .

ولو ادعى زيد على عمرو العين التي في يده انها ملكه اغتصبها منه وادعى عمرو انه وهبه اياها وتسلمها ترجح بينة عمرو لاثباتها عقداً شرعياً لكن لو ادعى مالا في يد آخر عقاراً او غيره ملكاً مطلقاً وادعى ذو اليد انه اودعه عنده فلان الغائب وبرهنا ، يقضى ببينة الايداع وتدفـع خصومة المدعي لان يد المودَع بالفتح لا يصلح صاحبها ان يكون خصما لمدعي الملك فلا تسمع الدعوى الا بحضور الغائب وهذه المسئلة من مخمسة الدعوى راجع ( المادة ١٦٣٧ )

المادة ١٧٦٤ — ترجح بينة البيع على بينة الهبة والرهن والاجارة وبينة الاجارة على بينة الرهن مثلا اذا ادعى احد على آخر بقوله بعتك المال الفلاني اعطني ثمنه وقال المدعى عليه انت كنت وهبتني ذلك وسلمتني اياه ترجح بينة البيع

[ ترجح بينة البيع على بينة الهبة والرهن والاجارة ] .

لان البيع تمليك العين بعوض من الجانبين في الحـال وليس كذلك اخواتها لان الهبة والصدقة تمليك بلا عوض والرهن عبارة عن التمليك يداً لا رقبة في الحال ويصير معاوضة مالا عند هلاكه والاجارة تمليك المنفعـة

فقط ( بحــر ) .

وفيه ملخصاً ولم ار حكم الشراء الفاســد مع القبض والهبة مع القبض فان الملك في كل متوقف على القبض وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة ورده المقدسي بان الاولى تقديم الهبة لكونها مشروعة والبيع الفاسد منهي عنه . وللمسئلة صورتان الاولى ان يكون شخص مديونا لآخر بالف فاستلم منه صاحب الدين دارا فاحترقت في يده فادعى المديون اني كنت بعتك اياها بالف وادعى الدائن انه رهنها عنده بمقابلة خمسمائة فهلكت بالقدر المذكور وبرهنا ترجح بينة المديون وكذا لو ادعى احد على آخر بثمن مال باعه منه وطلب اداءه وادعى الآخر انه وهبه او آجره اياه ، ترجح بينة مدعي البيع وكذا لو ادعى عليه قيمة مال هلك بانه غصبه منــه ويطلب تضمينه وادعى الآخر انه وهبه اياه ترجح بينة مدعي الهبــة لافادتها التمليك ( علي افندي )

الصورة الثانية ما لو برهن خارجان على ذي يد احدهما على الشراء منه والآخر على الهبــة كان الشراء اولى ولو اختلف المملك استويا لان كلا منهما خصم عن مملكه في اثبات ملكه وهما سواء — بخلاف ما لو اتحد ، لاحتياجهما الى اثبات السبب وفيه يقدم الاقوى — قال في البزازية ادعى الشراء من رجل وادعى آخر هبة وقبضاً من غيره والثالث ارثا من ابيه والرابع صدقة وقبضاً من آخر غيره فهو بينهم ارباعا عنــد استواء الحجــة اذ تلقوا الملك من مملكهم فكانهم حضروا وبرهنوا على الملك المطلق .

واطلق في الهبة وهي مقيدة بالتسليم ، وبأن لاتكون بعوض والا كانت بيعا — ثم ان ارجحية بينة البيع ليست على الاطلاق بل ذلك مقيد بان لاتاريخ لهما اذ لو ارخا مع اتحاد المملك كان للاسبق تاريخا بخلاف اختلافه ولو ارخت احداهما فقط فالمؤرخة اولى

والحاصل ان الشخصين اذا ادعيا عينا في يد ثالث واحدهما يــدعي شراءه من زيد والاخر يدعى اتهابه منه مع القبض ولم يذكرا تاريخا او

ارخا تاريخاً واحداً فبينة الشراء اولى ( زيلعي ) .

وان اختلف المملك لهما فلا يكون الشراء اولى بل يكون بينهما نصفين ولو ارخ احدهما دون الآخر فالمؤرخ اولى ايهما كان اتحد المملك او اختلف فان كان المؤرخ هو المشتري فلا اشكال لان الشراء من غير تاريخ اولى فمع التاريخ اولى وان كان ارخ الهبة فالهبة اولى لان الشراء متأخر معنى فيعتبر بما لو كان متاخرا حقيقة بان ارخ صاحب الشراء منذ ستة اشهر وصاحب الهبة منذ سنة — وان قلنا ذلك الشراء حادث والاصل في الحوادث اذا لم يعرف حال حدوثها ان يحكم بحدوثها ( زيلعي وشلبي ) .

هذا اذا كانت العين في يد شخص ثالث فان كانت في ايديهما وادعى احدهما شراءها من زيد والآخر اتهابها منه ان لم يؤرخا او ارخا تاريخاً واحداً او ارخ احدهما لا الآخر يحكم بينهما مناصفة وان تاريخ احدهما اسبق يقضى له ( راجع مادة ١٧٦٠ ) . وان كانت في يد احدهما وادعى احدهما شراءها من زيد والآخر اتهابها منه ان لم يؤرخا او ارخا تاريخاً واحداً او ارخ احدهما دون الآخر يحكم لذي اليد في هذه الصور الثلاث انظر المادة ( ١٧٥٨ ) . وان تاريخ احدهما اسبق ترجح بينته كما في المادة ( ١٧٦٠ ) .

## وبينة الاجارة على بينة الرهن

كما لو ادعيا داراً في يد زيد احدهما يقول انه استاجرها منه والآخر يدعي ارتهانها — وجه ترجيح الاجارة انها تمليك المنفعة للحال فكانت اقوى وقد اكتفى بالمثال على بينة البيع فقال

[ مثلاً اذا ادعى احد على آخر بقوله بعتك المال الفلاني

اعطني ثمنه وقال المدعى عليه انت كنت وهبتني ذلك وسلمتني اياه ترجح بينة البيع ] .

ولا تتوهم من هذا المثال ان المنازعة مع انها بين خارج وذي يد وقد حكم فيها لمن برهن على البيع وهو الخارج مع انه تقدم قبل اسطر فيما لو كانت في يد احدهما وادعى الخارج انها له اشتراها من زيد وذو اليد انه اتهبها منه يحكم لذي اليد في الصور الثلاث المتقدمة ، لان المتنازعين في مثال المجلة هنا اعترفا بان الملكية واليد كانت لاحدهما ثم اختلفا بسبب الانتقال من يده للآخر فترجح بينة السبب الاقوى وهو البيع - وفيما تقدم يدعي كل منهما سبب الانتقال من ملكية الشخص الثالث فترجح بينة ذي اليد بامر زائد وهو اليد فافترقا فتنبه .

المادة ١٧٦٥ - ترجح بينة الاطلاق في العارية مثلاً اذا هلك الحصان المستعار في يد المستعير وادعى المعير قائلا اني كنت اعرتك اياه على ان تستعمله اربعة ايام وانت لم تسلمه لي في المدة المذكورة وهلك عندك في اليوم الخامس فاضمن قيمته وادعى المستعير بقوله كنت اعرتني اياه بان استعمله على الاطلاق ولم تقيد باربعة ايام ترجح بينة المستعير وتسمع .

اعلم ان القول قول المعير في اصل الاعارة فكذا في صفتها من اطلاق وتقييد ( تنقيح الحامدية ) فحيث كان القول قول المعير في التقييد يفهم منه ان البينة بينة المستعير في الاطلاق فلذا قال

ترجح بينة الاطلاق

على بينة التقييد [ في العارية ] لان القول قول من يتمسك بالظاهر وقد تقدم في شرح المادة ٧٧ ان الاصل في العارية التقييد والاطلاق خلاف الاصل فلو اختلف المعير والمستعير في الايام او المكان او فيما يحمل على الدابة ، فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتعيين قوله لان الاذن يستفاد منه لكن مع اليمين دفعا للتهمة والبينة بينة المستعير لانه خلاف الظاهر ( بدائع ) [ مثلاً ] في الاختلاف في المدة

[ اذا هلك الحصان المستعار في يد المستعير وادعى المعير اني كنت اعرتك اياه على ان تستعمله اربعة ايام وانت لم تسلمه لي في المدة المذكورة وهلك عندك في اليوم الخامس فاضمن قيمته وادعى المستعير بقوله كنت اعرتني اياه ان استعمله على الاطلاق ولم تقيد باربعة ايام ترجح بينة المستعير وتسمع ] .

والعارية كما تتوقت بالزمان تتوقت بالعمل ( انقروي عن القنية ) وفيه عن الاسبيجابي العارية المطلقة تعار وتودع ولا تؤجر والوديعة لا تعار ولا تودع ولا تؤجر والمستأجر يعار ويودع ويؤجر - وفي البزازية ولو استعار ثوراً واستعمله ثم تركه في المسرح للرعي فضاع ان علم ان صاحبه يرضى بكون الثور في المسرح وحده لايضمن . وان لم يعلم بذلك ضمن .

المادة ١٧٦٦ - ترجح بينة الصحة على بينة مرض الموت مثلا اذا وهب احد مالا لاحد ورثته ثم مات وادعى باقي الورثة انه وهبه في مرض موته وادعى الموهوب له انه وهبه في

حال صحته ترجح بينة الموهوب له.

## [ترجح بينة الصحة على بينة مرض الموت]

في كل مسئلة عائدة لتصرف الانسان في ماله سواء كان هبة او ابراء او بيعاً او اقراراً او وقفاً او طلاقا الى غير ذلك - فلو ادعت ورثة الميت انه وهب احد ورثته ماله الفلاني او ابرأ ذمته من مال له عليه او باعه شيئاً - او انه وقف عقاره الفلاني على جهة كذا او اقر له به في حال المرض وهي الحالة التي يتعلق بها حق الورثة في تركته بقولهم انا لا نجيز هذا التصرف وهو غير صحيح لوقوعه في المرض - وادعى الوارث الذي وقعت له في هذه التصرفات او المتولي الذي بيده الوقف انه صحيح بقوله انه صدر منه في حال صحته فالقول قول الورثة ولو برهنا ترجح بينة وقوعها حال الصحة (راجع شرح المادة ٧٣).

لكن لو شهدوا بالهبة مثلا وقالوا لا نعلم هل هو في حال الصحة ام المرض يحمل على المرض لان حال المرض ادنى من حال الصحة فما لم يتيقن حال الصحة يحمل الادنى (رد محتار) وكذا لو اجتمعت بينة المواضعة وبينةالصحة - وذلك لان هذه التصرفات من الصفات العارضة فهي حادثة والحادث يضاف الى اقرب وقت من الحكم، الذي يترتب عليه. والاقرب هنا هو المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة. فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض كما هو الاصل والبينة بينة من يدعي حدوثها في زمان الصحة والبينات شرعت لاثبات خلاف الاصل انظر شرح المادة (١١) وكذا لو وقف عقاراً لا مال له غيره وسلمه الى المتولي ثم مات فادعت الورثة انه صدر منه حال المرض ولم ولم يجيزوه فيما زاد على الثلث وادعى المتولي انه في حال الصحة فالقول للورثة ولو برهنا ترجح بينته (علي افندي) او ادعت المطلقة بائنا ان

زوجها مات وهي في العدة وكان تطليقهـا حال مرضه وطلبت الارث وادعت الورثة انه طلقها وهو صحيح القول قولهـا وترجح بينة الورثة ( بزازية ) .

فان قلت يوجد مسائل منها ما في النتيجة : لو باع احد مالا من آخر ثم ادعى اخو البائع على المشتري انه باعه وهو صبي وطلب استرداد المبيع وادعى المشتري انه باعه منـه حينما كان بالغا وبرهنا ، فبينة المشتري اولى مع ان الكبر متاخر عن زمان الصغر فبمقتضى اضافة الحادث الى اقرب اوقاته ان يكون القول للمشتري والترجيح لبينة البائع لاثباتها خـلاف الظاهر وهو اضافته الى ابعد اوقاته – ومنها مافي ترجيح البينات للعلامة الحمزاوي عن فتاوي قاضيخان بينة المشتري على ان البائع باعه الخمر بعد تخلله اولى من بينة البائع انه باعه حال كونه خمرا مع انه كالمسئلة قبلها – ومنها ما في النتيجة لو طرأ على انسان جنون ثم صح وكان باع احـداً مالا فادعى انه باعه حال جنونه وطلب استرداد المبيع وادعى المشترى انه باعه حال صحة عقله فبينة المشتري اولى

الجواب ان الخلاف في هذه المسائل بين المتداعيين دائر بين الصحة والبطلان . وعقد الصبي والمجنون وكذا بيع الخمر باطل واحدهما يـدعي صحة العقد فكانت بينته اولى لاثباتها خلاف الظاهر من هذا الوجه وهو اثبات الامر العارض بخلاف اختلافهما في الصحة والفساد ترجح بينة الفساد لصدق عقد البيع على كل منهما واحدهما يدعي خلاف الظاهر وهو الفساد فبينته اولى – وفي هامش الانقروي من ترجيح البينة فالحاصل انـه اذا اتفقت بينة البائع والمشتري على ذكر مايصلح ثمناً واثبتت احداهما شرطاً زائداً يفسد البيع كما اذا اتفقتا على ان البيع كان بالف درهم وزادت احداهما رطـلا من الخمر فالبينة بينة الفساد . وان اختلفتا في ذكر ما يصلح ثمنا فاثبتت احداهما ما يصلح ثمنا بان قالت كان البيع بالف وبهذا المتاع واثبتت الاخرى ما لا يصلح ثمنا بان قالت كان الثمن كله خمراً فالبينه بينة الصحة كذا في الفصل الثالث من القسم الثاني من بيوع

الظهيرية واشار في باب البينتين المتضادتين من شهادات القنية انه ( ان ) كان الفساد بشرط في البيع مفسد فبينة الفساد اولى لانها اكثر اثباتا وان كان لمعنى في المحل او غيره ، فبينة الصحة اولى اقتصرت المادة على مثال من انواع التصرفات فقالت

[ مثلاً اذا وهب احد مالا لاحد ورثته ثم مات وادعى باقي الورثة انه وهبه في مرض موته وادعى الموهوب له انه وهبه في حال صحته ترجح بينة الموهوب له ]

المادة ١٧٦٩ ترجح بينة العقل على بينة الجنون والعته

تقدم بيان وجهه في المادة قبلها فلو ادعى زيد على عمرو انك بعتني عقارك هذا بثمن معلوم حال كونك عاقلاً وادعى عمرو ان البيع صدر منه حال الجنون او العته وبرهنا فبينة العقل اولى

المادة ١٧٦٨ اذا اجتمع بينة الحدوث والقدم ترجح بينة الحدوث مثلا اذا كان في ملك احد مسيل لآخر ووقع بينهما اختلاف في الحدوث والقدم وادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل قدمه ترجح بينة صاحب الدار

اذا اجتمع بينة الحدوث والقدم ترجح بينة الحدوث

لان مــدعى القدم يتمسك بان الشيء الموجــود الآن باق بمقتضى الاستصحاب والآخر يدعي حدوثه . والحدوث امر عارض وبينة العارض مقدمة على البينة المثبتة للاستصحاب كما في فتاوي الشيخ اسماعيل سئل في بستان جارية ارضه مع كامل غراس فيها قديم في وقف بر وفيهــا غراسات جديدة ومستجدة جار بعضها في الوقف المذكور والباقي في ملك زيد من مدة تزيد على اربعين سنة بلا معارض ثم مات زيد عن ورثة باعوا حصتهم المذكورة من عمرو فادعى متولي الوقف على عمرو بجريان جميع الغراس الموجود في الوقف مستصحباً من زمن الواقف وان له بينة تشهد بذلك – وذكر عمرو ان له بينة تشهد بحدوث الغراسات الجــديدة ونستجدة بمقتضى غرسه لها هو وزيد وورثته واثبت ذلك بالبينة العادلة – فاجاب بما خلاصته حيث ثبت حدوث الغراسات المذكورة جميعها فبينتها مقدمة على بينة القدم كما صرح به البغدادي وعلى هذا فالحكم المبين في المادة ١٦٦ و ١٢٢٤ و ١٢٢٩ و ١٢٣٠ ، يجري على ما هو عليه الا اذا قامت بينة الحدوث فهي اولى [ مثلاً اذا كان في ملك احد مــسيل الآخر ] او حق المرور

( ووقع بينهما اختلاف فى الحدوث والقدم وادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل )

او المرور [ قدمه ترجح بينة صاحب الدار ] وهذا بخلاف ما اذا تنازعا في ملك مطلق واحدهما اسبق تاريخاً فان بينة الاسبق اولى

المادة ١٧٦٩ اذا اظهر الطرف الراجح العجز عن البينة تطلب البينة من الطرف المرجوح ان اثبت فبها والا يحلف

معلوم ان الطرف الراجح اذا اقام البينة يحكم له لانه هو المدعى

والبينة بينته لانه يثبت امرا عارضا نحو دعوى خلاف الاصل او اضافة الحادث الى ابعد اوقاته او اثبات الزيادة في ثمن المبيع اذا كان بائعا او في المبيع اذا كان مشتريا لكن

## (اذا اظهر الطرف الراجح العجز عن البينة تطلب البينة من الطرف المرجوح)

يطلب من الطرف الراجح [ ان اثبت فبها ] اى يحكم له حتى انه بعد الحكم لو اراد الطرف الراجح اقامة البينة لايلتفت اليه ولا ينقض الحكم كما في المادة بعدها [ والا ] اي وان لم يقم البينة [ يحلف ] الطرف المرجوح بطلب الراجح - يفهم من ظاهر هذه المادة ان الطرف المرجوح اذا عجز عن البينة يحلف في كل حال سواء كان ذا يد على المدعى به ام لا - والذي يظهر ان الامر ليس على الاطلاق لانه يلزم انه في المادة ١٧٥٩ لو ادعى خارج وذو يد نتاج دابة وعجزا عن البينه حلف الخارج المرجوح بان الدابة ليست لذي اليد ان تسلم للخارج وهو خلاف ما يعطيه مفهوم المادة ( ١٧٥٧ ) ان القول لذي اليد بيمينه - فالذي يتبادر استثناء دعوى النتاج من عموم هذه المادة لانه فيما عدا النتاج الطرف المرجوح هو المنكر في الحقيقة وعند عجز الطرف الراجح يستفيد المرجوح من بينته ، الخلاص من اليمين - وفي مرآة المجلة عن حاشية الاشباه للبيري في الخلاصة اقام المغصوب منه البينة ان قيمة المغصوب كذا واقام الغاصب انها كذا فبينة المالك اولى فان لم يكن للمالك بينة فاراد الغاصب اقامة البينة فقال المالك احلفه ولا اريد البينة له ذلك - اقول يفهم منه ان المالك ان لم يطلب حلفه يسمع بينة الغاصب اه لمحرره وسيأتي لهذا مزيد ايضاح نتكلم عليه ان شاء الله تعالى في شرح المادة ( ١٧٧٨ ) - وعلى ما مر من انواع الترجيح يجرى تطبيق هذه المادة - ففي المادة ( ١٧٦٢ ) لو اختلف البائع والمشترى

في قدر الثمن فقال البائع الف والمشتري ثمانمائة تطلب بينة البائع فان اثبت حكم له والا تطلب بينة المشتري فان اثبت حكم بثمانمائة ويتخلص المشتري من اليمين وان عجز يحلف المشتري بطلب البائع على ان الثمن لم يكن الفا فان حلف يمنع البائع من دعوى الزيادة وان نكل الزم المشتري بالف — وعلى هذا اختلافهما في قدر المبيع — كذلك في المادة (١٧٦٥) اذا اختلف المعير والمستعير في الاطلاق والتقييد ترجح بينة المستعير في الاطلاق لكون الاطلاق في العارية خلاف الاصل فان عجز تطلب بينة المعير فان اثبت حكم له والا يحلف بطلب المستعير فان حلف ضمن المستعير وان نكل ثبتت دعوى المستعير (انقروي عن قارىء الهداية) وكذا ما في المادة ١٧٦٦ اختلف الموهوب له والورثة فادعي الموهوب له . انها في الصحة ، والورثة انها في المرض ، تطلب البينة من الموهوب له ان اثبت حكم له والا يطلب من الورثة فان برهنوا حكم ببطلان الهبه وان نكلوا حكم بوقوعها حال الصحة ردمحتار — كذلك في المادة (١٧٦٧) تطلب البينة من مدعي الحدوث فان عجز عن الاثبات فمن مدعي القدم فان عجز ايضا يحلف بطلب مدعي الحدوث على انه لم يكن حادثا فان حلف يبقى المسيل على ما كان وان نكل يرفع (انقروي)

المادة ١٧٧٠ اذا اظهر الطرف الراجح العجز عن الاثبات فحكم بموجب الطرف المرجوح البينة ثم اراد الطرف الراجح اقامة البينة فلا يلتفت اليه بعده

في الهندية من الباب السابع والعشرين من كتاب ادب القاضي ان القاضي متى اعتمد سبباً صحيحا ثم بطل السبب من بعد لا يبطل القضاء — واذا ثبت عدم السبب من الاصل بعد وجوده من حيث الظاهر فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وابي يوسف في قوله الاخير خلافا لمحمد —

وفي البزازية اقر المقضي له بعد القضاء انه اى المقضي له حرام له او امر بان يشتري له من المقضى عليه يبطل القضاء - واصله برهن على ان هذا العين له بالشراء او الارث وقضى ثم قال لم يكن لي بطل القضاء اه

فعلى هذا انما يبطل القضاء اذا لم يعتمد سببا صحيحا فحينئذ يكون خطأ سواء ظهر ذلك بالبينة او باقرار المقضى له - فتقرر لك ان الحكم ببينة الطرف المرجوح حين فقدان البينة الراجحة صواب نافذ لمصادفته سببا صحيحا فلا تسمع بعده بينة الراجح لان الاولى تقوت باتصال القضاء - وفي دعاوي الاشباه اى بينة سبقت فقضى بهـا لم تقبل الاخرى ، لما في البحر عن خزانة الاكمل والفصول ادعى عينا في يد رجل ملكا مطلقا واثبت وبعد قضاء القاضي ببينة المدعى لو اتى المدعى عليه بدفع وقال اودعنيها فلان الغائب واراد البرهان على ذلك لا تسمع بخلاف ما قبل القضاء - وعن هذا قال [ اذا اظهر الطرف الراجح العجز عن البينة ] على مدعاه [ فحكم عليه ] اعتمادا على سبب صريح [ بموجب اقامة الطرف المرجوح البينة ] مفعول لاقامة او من اضافة اسم المفعول الى نائب الفاعل [ على ما سبق ] في المادة قبلها [ ثم اراد الطرف الراجح اقامة البينة فلا يلتفت اليه بعده ] لان الحكم وقع صحيحا متقويا بالبينة فلا ينقض - اعلم ان الاختلاف ان كان فيما يختل به قـوام العقد كالاختلاف في قدر المبيع او قدر الثمن يقضى لمن برهن وان برهنا فلمثبت الزيادة وان عجزا تحالفا - ففي هـذه الصورة حيث يكلف الطرفان لاثبات مدعاه يقضى للطرف الراجح - وان كان فيما لايختل به قوام العقد كما لو اختلفا في الأجل او في شرط الخيار ففي هذه الصورة لاتطلب البينة الا من طرف واحد واليمين عـلى من انكر فـلا يتأتى الطلب من المرجوح عند العجز من الطرف الراجح بل القول لمنكر الاجل والخيار بيمينه والبينة على الآخر لاغير - ومن هذا القبيل ما لو اختلفا في فساد في صلب العقد فهذا من القسم الاول كالمشتري يدعي ان البيع وقع فيه غبن فاحش مع التغرير والبائع يدعي انه بثمن المثل تطلب البينة اولا من

الطرف الراجح وهو المشتري لادعائه الغبن مع التغرير فان عجز تطلب من البائع على انه بثمن المثل فبعد ان برهن وحكم له لو اراد الطرف الراجح اقامة البرهان على مدعاه لا تسمع (رد محتار قبيل الاختلاف في الشهادة – واما اختلافهما في شرط مفسد ليس من صلب العقد كالبيع بشرط ان يؤجره داره او يعيره الشيء الفلاني مثلاً ، فالقول هنا قول من يدعي الصحة وينفي الشرط المفسد بيمينه والبينة بينة من يدعيه وفي هذه الصورة لاتطلب البينة الامن طرف واحد كما نص عليه في البحر وغيره عند قول الكنز وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار الخ

وانما قلنا ان القضاء لا يبطل متى اعتمد سبباً صحيحاً احترازاً عما اذا كان معدوما من الاصل ففي هذه الصورة بنقض القضاء في قول الامام ابي حنيفة وابي يوسف الآخر لما في الهندية من الباب ٢٧ فيما يقضي به القاضي ويرد قضاؤه ما خلاصته اشترى دابة وقبضها من البائع ثم استحقها مستحق بالبينة قضي بها للمستحق وتشترط حضرة المشتري لا غير وينقض القاضي البيع بينهما على ظاهر الرواية اذا طلب المشتري ويرجع المشترى بالثمن على البائع فان اقام البائع بعد ذلك بينة على المستحق انه كان اشتراها منه وقبضها قبل ان يبيعها قضى القاضي بالدابة للبائع وبطل قضاء القاضي حتى كان للبائع ان يلزم الجارية المشتري وهذا قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله تعالى اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف الآخر فلا يبطل قضاء القاضي بالفسخ ولا يكون للبائع ان يلزم المشتري وتمامه هناك .

وفي التكملة عن البزازية لا تسمع دعواه بعده فيه الا ان يبرهن على ابطال القضاء. ان ادعى داراً بالارث وبرهن وقضى له ثم ادعى المقضى عليه الشراء عن مورث المدعي او ادعى الخارج الشراء من فلان وبرهن المدعى عليه اي بعد القضاء على شرائه من فلان او من المدعى قبله او يقضى عليه بالدابة فبرهن على نتاجها عنده اه.

وهذا يفيد ان قولهم يصح الدفع بعد الحكم مقيد بما اذا كان

فيه ابطال القضاء.

يقول الفقير ان القضاء بالبينة المرجوحة اذا كان بعد وقوعه لا ينقض بالبينة الراجحة فمع استواء البينتين اولى كما لو شهدا ان فلانا قتل زيداً خطأً يوم النحر بمكة وآخران انه قتله يوم النحر بالبصرة لا يعمل بهما لكن بعد الحكم بالدية باحداهما لا ينقض بالاخرى ( ابو السعود ) .

واستفيد من المادة المصرحة بعدم الالتفات الى بينة الطرف الراجح بعد الحكم بالمرجوحة ما لم تقتض الراجحة ابطال الحكم ، انه اذا كانت البينة لا تقام الا من طرف واحد شرعاً وعكس الامر فحكم ببينة دقيمها الطرف الآخر ان الحكم لا يصح وينقض ولمجلس التدقيقات الشرعية ومحكمة التمييز التركية قرارات عديدة بذلك .

# الفصل الثالث

## — في القول لمن وتحكيم الحال —

ذكر فيما تقدم انه عند تعارض الدعويين في شيء اذا كان في يد احدهما ، فالقول قوله بيمينه والبينة بينة الخارج — وهذا الفصل لبيان ان اليد الحكمية كذلك بان توجد علامة وهي المعبر عنها بظاهر الحال تجعل احدهما اقوى من الآخر لكون ظاهر الحال يشهد له وعلى هذا يتفرع المواد ١٧٧١ و ١٧٧٢ و ١٧٧٤ و ١٧٧٥ و ١٧٧٦ و ١٧٧٧ فكما ان هناك البينة بينة الخارج واليمين على ذي اليد فالحكم هنا كذلك .

## ﴿ تنبيـه ﴾

فرق بين الحكم بالبينة والحكم فيما يشهد له ظاهر الحال - يعلم ذلك مما نصوا عليه ان الحائط بين دارين اذا ادعاه كل واحد من صاحبي الدارين وكان لاحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال ببنائه اتصال تربيع ولم تكن بينته يحكم به لصاحب الاتصال ولا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه بل يبقى له حق الوضع لاحتمال ان تكون جذوعه موضوعة بحق بان كان ذلك مشروطاً في اصل القسمة فليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر - بخلاف ما لو حكم له بالبينة فانه يؤمر الآخر برفع جذوعه لان البينة حجة للاستحقاق فيستحق صاحبها رفع جذوعه عن ملكه - وان لم يكن متصلاً ببناء احدهما ولم يكن عليه جذوع فهو بينهما نصفان لاستوائهما في اليد حكما .

المادة ١٧٧١ - اذا اختلف الزوج والزوجة في امتعـة الدار التي سكناهـا ينظر الى الامتعة فان كانت من الاشياء التي تصلح للزوج فقط كالبندقة والسيف او من الاشيـاء الصالحة لكل من الزوج والزوجة كالاواني والمفروشات ، ترجح بينـة الزوجة . واذا عجز كلاهما عن البينة ، فالقول للزوج مع اليمين يعني اذا حلف الزوج بان تلك الاشياء ليست لزوجته يحكم بكونها له . واما في الاشياء الصالحة للنساء فقط كالحلي والبسة النساء فترجح بينة الزوج واذا عجز كلاهما عن البينة ، فالقول للزوجة مع اليمين على كل حال مثـلاً القرط حلي

مخصوص بالنساء ولكن اذا كان الزوج صائما فالقول له مع اليمين

[ اذا اختلف الزوج والزوجة ] قيد باختلافهما للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج فان متاع النساء بينهن على السواء ان كن في بيت واحد وان كانت كل واحدة منهن في بيت على حده فما في بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ما ذكر بعد ولا يشترك بعضهن مع بعض كذا في الخانية — وللاحتراز عن اختلاف الاب والابن فيما في البيت قال في التكملة عن خزانة الاكمل قال ابو يوسف اذا كان الاب في عيال الابن في بيته فالمتاع كله للابن كما لو كان الابن في بيت الاب وعياله فمتاع البيت للاب اه . وعن المؤجر والمستأجر في امتعة الدار فلنها للمستأجر بسبب اضافة السكنى اليه والعبرة لها لا للملك — وعن اختلاف اسكافي وعطار في آلات الاساكفة او آلات العطارين وهي في ايديهما فهي بينهما بلا نظر لما يصلح لكل منهما لانه قد يتخذه لنفسه او للبيع فلا يصلح مرجحا — واطلقهما فشمل المسلمين والمسلم مع الذمية والحرين والمملوكين والمكاتبين ( بحر عن البدائع ) — والزوجين الكبيرين والصغيرين اذا كان الصغير يجامع لان المرأة في الصالح لها لاتكون مع مافي يدها في يد الزوج الا بذلك بخلاف الصغير الذي لم يبلغ حد الجماع فانه لايد له على زوجته — ثم معنى القول للصغير ان القول لوليه واما لو كان احدهما حرا والآخر مملوكا فالقول للحر ( در مختار ) وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح وما بعد الفرقة ( بحر ) وما اذا كان البيت ملكا لهما او لاحدهما خاصة لان العبرة لليد لا للملك [ في امتعة الدار التي سكناها ] جمع متاع وهو لغة ما ينتفع به كالطعام والبر واثاث البيت . واصله ماينتفع به من الزاد والمراد بالمتاع هنا ما ينتفع به من نفسه او ما حصل منه كالعقار وغيره ولو ذهبا او فضة — وخرج عن هذا اختلافهما فيما هو خارج عن الدار الساكنين فيها فانهما في ذلك كالاجانب فان كان في ايديهما يقسم بينهما مناصفة —

[ ينظر الى الامتعة فان كانت من الاشياء التي تصلح للزوج فقط كالبندقة والسيف ] والعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والفرس والدرع الحديد — [ او من الاشياء الصالحة لكل من الزوج والزوجة ] كالاواني والمفروشات والاوطه وسائر الحيوانات والنقود والعقار [ ترجح بينة الزوجة ] لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه وهو الاختصاص بالاستعمال [ وان عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوج مع اليمين ] ان لم يصدر منه اقرار كان قال هذا وهبته لي زوجتي او اشتريته منها فيحتاج الى اثبات دفعه بالبينة فان عجز تحلف الزوجة على عدم البيع والهبة ويحكم لها بيمينها انظر المادة ( ١٦٣٢ )

ثم لما كانت اليد للزوج عن القنية من باب ما يتعلق بتجهيز البنات افترقا وفي بيتها جارية نقلتها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاها فالقول له لان يده قد كانت ثابتة ولم يوجد المزيل اه قال وبه علم ان سكوت الزوج عند نقلها مايصلح لهما لا يبطل دعواه راجع المادة ( ٦٧ ) [ واما في الاشياء الصالحة للنساء فقط كالحلى والبسة النساء ] والدرع والازارة والخمار والملاءة والخلخال والحلي ونحوها [ فترجح بينة الزوج ] لان ظاهر الحال شاهد عليه [ واذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوجة مع اليمين ] ان لم يصدر منها اقرار بان قالت وهبه لي او اشتريته منه فتحتاج لاثبات هذا الدفع وان عجزت يحلف على عدم ذلك ويحكم له

[ الا ان يكون احدهما صانع الاشياء الصالحة للآخر او بائعها فالقول له مع اليمين على كل حال مثلا القرط حلى مخصوص بالنساء ولكن اذا كان الزوج صانعا فالقول له مع اليمين ]

قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صائغا وله اساور وخواتيم النساء والحلى والخلخال وامثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها . كذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال عناية

المادة ١٧٧٢ تقوم الورثة مقام المورث عند موت احد الزوجين ولكن اذا عجز كلا الطرفين عن الاثبات على ما ذكر فالقول لمن هو فى الحياة منهما مع اليمين في الاشياء الصالحة لكليهما واذا مات كلاهما معاً فالقول لورثة الزوج في الاشياء الصالحة لكليهما

[ تقوم لورثة مقام المورث عند موت احد الزوجين ] اي اذا مات احد الزوجين واختلف وارثه مع الحي فان كان المختلف فيه يصلح للزوج فقط او لكليهما ، فالقول للزوجة بيمينها والبينة على ورثة الزوج لان اليد للحي دون الميت — وان كان الميت الزوجة واختلفت ورثتها مع الزوج فان كان المختلف فيه يصلح للزوج فقط او لكليهما فالقول للزوج والبينة على الورثة [ ولكن اذا عجز كلا الطرفين عن الاثبات فالقول لمن هو في الحياة منهما ] الزوج والزوجة مع اليمين والبينة على ورثة الآخر اذ لا يد للميت وهذا [ في الاشياء الصالحة لكليهما ] لانها لما اشكلت ولم يتيقن انها صالحة لاحدهما خاصة تترك في يد الحي منهما بيمينه وهو قول الامام الاعظم وهذا من تسعة اقوال للمجتهدين الثاني قول ابي يوسف للمرأة جهاز مثلها والباقي للرجل يعني في المشكل في الحياة والموت الثالث قول محمد ان المشكل للزوج في الطلاق والموت ووافق الامام فيما لا يشكل وقد عد بقية الاقوال في الخانية فراجعها فلو مات الزوج واختلفت ورثته مع الزوجة في مثل الاواني والنقود فالقول للزوجة بيمينها او ماتت

الزوجة واختلفت ورثتها مع الزوج في ذلك فالقول للزوج بيمينه - علم من هذا انه اذا كان القول للحي في الاشياء الصالحة لها فاذا كان الزوج ميتاً فالقول للزوجة في الصالح لهما من باب اولى [ واذا مات كلاهما معا ] اي في آن واحد [ فالقول لورثة الزوج في الاشياء الصالحة لكليهما ] لانه لو كان حياً كان القول قوله فكذا ورثته لقيامهم مقامه وبالاولى في الاشياء الصالحة له فقط

## المادة ١٧٧٣ اذا اراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول له بلا يمين

اشارت هذه المادة الى ان من يكون القول قوله قد لاتلزمه اليمين ولهذا مواضع تقدمت في شرح المادة ١٧٤٢ - وهنا مسئلتان الاولى ان القول قوله الثانية انه لايمين عليه اما الاولى فالعلة انه ينكر وجوب الرد عليه والقول للمنكر واما الثانية فبمقتضى الاصل ان من اقر بشيء لزمه فاذا انكر يحلف عليه، ينبغي تحليفه لانه لو اقر بعدم الهلاك يلزمه الرد فلم لا يحلف عند انكاره بدعوى الهلاك - فالظاهر ان العلة هي عدم تاكد ملك الواهب لانه بالهبة خرج عن ملكه الا ترى انه لا يستبد الواهب بالرجوع ولا ينفرد من غير قضاء او رضاء ، وعلل الطحاري نقلاً عن البرهان بان دعواه الهلاك اخبار منه بهلاك ملكه وانه لايوجب يميناً

يقول الفقير هذا التعليل عليل لانه مناقض لقاعدة من اقر بشيء لزمه فاذا انكر يحلف فالاظهر التعليل الاول - ومثله لو قال الواهب حينما اراد الرجوع وهبتك بشرط العوض وقال الموهوب له لم يشترط القول قول الموهوب له بلا يمين - بخلاف ما لو قال الموهوب له عوضتك فان القول فيه قول الواهب بيمينه لان الموهوب له يدعي تسليم شيء من ماله وهو منكر - وكذا لو قال الموهوب له تصدقت به علي او قال انا اخـوك

وكذبه الواهب لان التمليك من جهة الواهب باتفاقهما والقول قول المملك في بيان سبب التمليك – واما في دعوي الاخوة فلان الاخوة لا تثبت بمجرد دعواه اه ملخصا من المبسوط

المادة ١٧٧٤ الامين يصدق بيمينه في برآءة ذمته كما اذا ادعى المودع الوديعة وقال الوديع رددتها اليك فالقول له مع اليمين ولكن اذا اراد ان يقيم البينة ليخلص من اليمين تسمع بينته

الامين اي كل من كان المال في يده امانة [ يصدق بيمينه لا في برآءة ذمته ] اذا لم يكذبه الظاهر والا فلا بد من البينة كالوكيل والوصي والمتولي والمضارب والشريك والمستعير والملتقط والمرتهن في الزائد عن مقدار الدين والاجير الخاص فيما تحت يده – والحاصل كل من كانت يده يد امانة وليس المال مضمونا عليه حكمهم كالمودع يبرأ بما يبرأ به المودع ويضمن بما يضمن به فالقول قوله في دفع الضمان عن نفسه لا في ايجاب الضمان على الغير – فلو وكل رجلا بشراء فرس بالف ودفع له الثمن فاشترى وقيمته كذلك فقال الآمر اشتريت بنصفه وقال المامور بكله صدق المأمور لانه امين ويده كيد الموكل حتى لو قال ضاع الثمن من يدي اوهلك بلا تعد يهلك على الآمر – لكن ان اشترى اولا ثم نقده الموكل فهلك قبل دفعه الى البائع عن الوكيل يهلك من مال الوكيل ( در مختار وتكملة ) – ولو اختلفا في قدر الثمن فقال الموكل اشتريته بخمسماية وقال الوكيل بالف ان كانت قيمته تساوي الفا فالقول قول الوكيل وان كانت قيمته نصفه فالقول للموكل بلا يمين على ما ذكره صاحب الدرر وابن كمال تبعا لصدر الشريعة – وجهه ان الشراء بالغبن الفاحش لايجوز على الموكل اتفاقا بخلاف وكيل البيع – وهنا حيث

اشترى الذي يساوي حساية بالف، ظهر مخالفته للموكل لشراء بغبن فاحش . والحاصل كما في الانقرويه ان المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين، امانة بمنزلة الوديعة فيقبل قوله فيما يدعيه بيمينه — الا الوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد موت الموكل انه كان قبضه في حياته ودفعه اليه فانه لايقبل الا ببينة لانه حكى امرا لا يملك استئنافه، وفيما اذا ادعى بعد موت الموكل انه اشترى لنفسه وكان الثمن منقودا، وفيما اذا قال بعد عزله بعته امس وكذبه الموكل، وفيما اذا قال بعد موت الموكل بعته من فلان بالف درهم وقبضتها وهلكت وكذبته الورثة في البيع فانه لايصدق اذا كان المبيع قائما بعينه بخلاف ما اذا كان مستهلكا اه من الفن الثاني من الاشباه — والفرق بين ما اذا كان المبيع قائما وما اذا كان هالكا، ما في هامش الانقرويه انه اذا كان هالكا فحاصل اختلافهما في الحال في الضمان على الوكيل في زوال المبيع عن ملك الموكل وبقائه على ملكه لانه بالهلاك زال ملكه باتفاقهما وانما اختلافهما في ايجاب الضمان على الوكيل للموكل بقوله للوكيل بعت وسلمت بعد ما عزلتك عن الوكالة فقد صرت ضامنا وانكر الوكيل ذلك والضمان كان منتفياً عن الوكيل في الاصل فهو ينفي الضمان بتمسكه بما هو الثابت في الاصل فيجعل القول قوله حتى يثبت غيره

فاما اذا كان المبيع قائما فالملك فيه باق . وحاصل اختلافهما انما وقع في زواله عن ملك الموكل وبقائه على ملكه فالوكيل يدعي زواله عن ملكه فكان الموكل فيما يدعي متمسكا بما هو الاصل فيكون القول قوله كما في الذخيرة فقول المجلة (( يصدق في برآءة ذمته )) قيد احترازي فلا يصدق في ايجاب الضمان على الغير لما في البزازية من الثالث بقبض الدين : الوكيل بقبض الدين اذا اقر بقبضه من الغريم وهلاكه عنده او بدفعه الى موكله يقبل في حق برآءة الغريم لا في حق الرجوع على الموكل لو بان استحقاق بان برهن انسان ان ما اعترف الوكيل بقبضه

وهلاكه او دفعه كان لي وضمن الوكيل لا يرجع الوكيل على موكله بلا حجة من برهان او اقرار موكل اه - ولو دفع الى رجل مالا ليدفعه الى رجل فذكر انه دفعه اليه فكذبه في ذلك الآمر والمأمور له بالمال فالقول قول الذي يدعي الدفع الى المأمور له في برآءة نفسه عن الضمان والقول قول المأمور له انه لم يقبض ولا يسقط دينه عن الآمر ولا يجب اليمين عليهما جميعا وانما يجب على احدهما لانه لابد للآمر من تصديق احدهما وتكذيب الآخر فتجب اليمين له على الذي كذبه دون الذي صدقه فان صدق المأمور بالدفع فانه يحلف الاخر بالله ماقبض فان حلف لم يسقط دينه ولم يظهر القبض وان نكل ظهر قبضه وسقط عن الآخر دينه وان صدق الآخر انه لم يقبضه وكذب المأمور فانه يحلف المأمور خاصة بالله لقد دفعه اليه فان حلف برئ، وان نكل عن اليمين لزمه مادفع اليه - واحترز بقوله ( الامين ) عما اذا كانت يده يد ضمان بان كان المال مضمونا على صاحب اليد فلا يصدق حينئذ الا ببينة كالدين او المغصوب في يد الغاصب فامره صاحب الدين او المغصوب منه ان يدفعه الى فلان فقال المأمور قد دفعت اليه وقال فلان لم اقبض فالقول قول فلان انه لم يقبض ولا يصدق المأمور على الدفع الا ببينة لان في ذلك ابراء نفسه عن الضمان الا اذا صدقه الآمر في الدفع فحينئذ يبرأ ولا يصدقان على القابض فالقول قوله بيمينه انه لم يقبض - ولو كذب الآمر المأمور في الدفع وطلب المأمور يمينه فانه يحلف على عدم العلم بالله ما يعلم انه دفع فان حلف اخذ منه الضمان وان نكل سقط عنه الضمان - كذلك الوصي يقبل قوله فيما يدعي ضياعه وفيما انفق على اليتيم ما لم تكن نفقة زائدة تخالف الظاهر فلا يقبل الا بالبينة الا في اثنتي عشر مسئلة نقلها في الدرر عن الاشباه ادعى قضاء دين الميت ، او قضاءه من ماله بعد بيع التركة قبل قبض ثمنها ، او ان اليتيم استهلك مالا آخر فدفع ضمانه ، او اذن له بتجارة فركبه ديون فقضاها عنه ، او ادى خراج ارضه في وقت يصلح للزراعة او الانفاق عليه مما في ذمته او من

مال نفسه حال غيبته ماله واراد الرجوع او انه زوج اليتيم امرأة ودفع مهرها من ماله وهي ميتة

والاصل ان كل شيء كان مسلطا عليه فانه يصدق فيه وما لا فلا وهذه المسائل لاتسلط له فيها — والمتولي فيما انفق على العمارة ما لم يخالف الظاهر واذا ادعى ضياع ما قبضه من الغلة او صرفها الى الموقوف عليهم يصدق بلا بينة لكن اذا ادعى الناظر دفع ما هو كالاجرة مثل معاوم الفراش والمؤذن والبواب لا يقبل قوله الا ببينة كذا في هامش الاشباه — كذلك الشريك او المضارب . مال الشركة والمضاربة في يد كل امانة وهما في ذلك كالمودع فلو ادعى انه رد المال الى صاحبه او هلك في يده بلا تعد ولا قصور فالقول قوله في دفع الضمان عن نفسه ومثله الشريك في مال الشركة ( تنوير ودر مختار ) كذلك الملتقط اذا رفع اللقطة ليردها الى صاحبها واشهد عليها او علم فهي امانة في يده . القول قوله اذا ادعى ضياعها او هلاكها بلا تعد ولا قصور — وعلى هذا اذا ادعى المستعير ضياع المستعار او هلاكه القول قوله — والاجير اذا ادعى هلاك المستأجر فيه صدق بيمينه لكونه في يده كالوديعة — كذلك المرتهن امين فيما زاد قيمة في المرهون على قدر الدين فلو ادعى هلاك الزيادة صدق بيمينه

واعلم ان الامين يصدق في براءة ذمته مالم يدع امرا لايملك استئنافه كما لو قال بعد موت الموكل بعته من فلان بالف درهم وقبضتها وهلكت وكذبه الورثة في البيع وكما لو كان وكيلا بقبض الدين اذا ادعى بعد موت الموكل انه كان قبضه في حياته ودفعه له — وهذه المسئلة نقل ط عن الحموي كلاما يتعلق بها وهو ان الوكيل اما ان يكون وكيلا بقبض دين ثابت لموكله في ذمة غيره او دين استقرضه الموكل بنفسه ووكله بقبضه واذا ادعى الوكيل ايصال ما قبضه لموكله اما ان تكون دعواه في حياة موكله او بعد موته وفي كل منها يقبل قول الوكيل بيمينه لبرآءة ذمته بكل حال — واما سراية اقراره على موكله ليبرأ

غريمه فهو خاص بما اذا ادعى الوكيل حال حياة موكله بالقبض واما بعد موته فلا يثبت به برآءة الغريم الا ببينة يقيمها او تصديق الورثة على قبض الوكيل ولو انكروا ايصاله لموكله - واما الوكيل بقبض ما استدانه الموكل فلا يسرى قوله على موكله حال حياته اذا انكر على المفتى به بعد موته فلا بد من البرهان تكملة

## ولكن اذا اراد

الامين [ ان يقيم البينة ] على برآءة ذمته [ ليتخلص من اليمين تسمع بينته ] يستفاد من هذا الخيار للامين عند وجود البينة ان شاء اقامها وان شاء حلف وليس للآخر ان يقول احلفه ولا اريد البينة وفي رد المحتار من خيار العيب تقبل بينته لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى الرد او الهلاك واقام بينة تقبل مع ان القول قوله والبينة لاسقاط اليمين مقبولة

المادة ١٧٧٥ — اذا اعطى من له ديون مختلفة لدائنه مقدارا من الدين فالقول له فيما اذا ادعى انه اعطاه محسوبا بدينه الفلاني

## اذا اعطى من عليه ديون مختلفة

اسبابها نحو قرض وثمن مبيع وضمان متلف [ لدائنه مقدارا ] اي بعضا [ من الدين ] ثم بعد الاعطاء اختلف الدائن والمدين في المقدار المدفوع هل هو عما في ذمته قرضا او ثمن مبيع [ فالقول له ] اي للمدين

[ فيما ادعى انه اعطاه بدينه الفلاني ]

من كونه القرض او ثمن المبيع او قيمة المتلف وللطالب مطالبة الدين الآخر وان اقر بقبضه لان الشرع كذبه حيث جعل القول للمديون — وكذلك لان الدين كما الاشباه عن الحاوي القدسي عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع او استهلاك او غيرهما وايفاؤه واستيفاؤه لايكون الا بطريق المقاصة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى مثاله اشترى ثوبا بعشرة دراهم صار الثوب ملكا له وحدث بالشراء في ذمته عشرة دراهم ملكا للبائع فاذا دفع المشتري عشرة الى البائع وجب مثلها في ذمة البائع دينا وقد وجب للبائع على المشتري عشرة بدلا من الثوب ووجب للمشتري على البائع مثلها بدلا عن المدفوعة اليه فالتقيا قصاصا ويتفرع على ان طريق ابقائه هو المقاصه ، انه لو ابرأه عنه بعد قضائه صح ورجع المديون على الدائن بما دفعه اشباه — كذلك مافي الخانية في الصلح عن الدين رجل له على رجل دراهم جياد فقضاه زيوفا وقال انفقها فان لم ترج فردها علي ففعل فلم ترج قال ابو يوسف رحمه الله تعالى له ان يرد استحسانا وهو بخلاف ما لو اشترى شيئا فوجده معيبا فاراد ان يرده فقال له البائع بعه فان لم يشتر رده علي فعرضه على البيع فلم يشتر منه لم يكن له ان يرده — وجه الفرق ان ما قبض من الدراهم ليس هو عين حقه بل هو مثل حقه وانما يصير حقا له اذا رضي به فاذا لم يرض به لم يصر حقا له فيكون القابض متصرفا في ملك الدافع بامره فلا يبطل حق القابض — اما في البيع فالمقبوض عين حق القابض الا انه معيب فلم يكن قول البائع بعه اذنا له بالتصرف في ملك البائع فبقى متصرفا في ملك نفسه فبطل حق الرد —

فمن هذا علم ان المديون يكون قد ملك الدائن مثل مافي ذمته لا انه رد عينه . والقاعدة ان القول للملك في جهة تمليكه — مثال المادة لو كان زيد مديونا لعمرو بالفي درهم منها الف من جهة القرض والف ثمن عقار اشتراه منه او قيمة شيء استهلكه فدفع له الفا ثم اختلفا فقال الدائن المدفوع هو ثمن العقار وقال المديون لا بل هو عن القرض القول للمديون

بيمينه لان التمليك صدر منه وهو ادرى بجهة الدفع - ولما كان ايفاء الدين تمليكا للدائن ثم يلتقي قصاصا عن مثله في ذمة المديون كان القول فيه للمقبض لا القابض - فليس في هذا مساس لقاعدة ان القول للقابض بيمينه كما في مسائل نصت عليها المتون والشروح كالتنوير وغيره - اختلفا بعد التقابض في عدد المبيع او احد او متعدد فيما لو اشترى شاة مثلاً فقبضها واقبض الثمن ثم جاء ليردها بعيب واعترف به البائع الا انه قال بعتك هذه واخرى معها فلك عليّ رد حصته هذه فقط من الثمن لا كله وقال المشتري بعتنيها وحدها فاردد كل الثمن ولا بينة لهما فالقول للمشتري لانه قابض ينكر زيادة يدعيها البائع . وكذا لو اختلفا في عدد المقبوض بان اتفقا على مقدار المبيع انه الشاتان وقبض البائع ثمنها ثم جاء المشتري ليرد احداهما فقال البائع قبضتها وانما تستحق حصته هذه وقال المشتري لم اقبض سواها - ومثله ما في رد المحتار عن صلح الخانية لو قال المشتري بعد قبض المبيع موزونا وجدته ناقصا القول قوله الا اذا سبق منه اقرار بقبض مقدار معين - ولهذا المعنى فرقوا كما في وكالة الاشباه بين الوكيل بقبض دين لموكله والوكيل بقبض الوديعة انه في الاول لو ادعي القبض والايصال للموكل لا يقبل منه الا ببينة لانه يريد ايجاب الضمان حيث ان الديون تقضى بامثالها - وفي الثاني القول قوله بيمينه لانه يريد نفي الضمان عن نفسه - وقيد بقوله ديون مختلفة احترازا عن الدين الواحد المتحد سببه كقرض او ثمن مبيع فينظر ان كان في نفسه فائدة اعتبر كألف درهم كفل نصفها رجل فدفع خمسمائة ولم يعين ثم ادعى انه ادى عن المكفول به فالقول قوله لان له فائدة وهو اخراج الكفيل عن عهدة الكفالة وقطع رجوعه عن نفسه ( القرويه ) والا فلا عبرة للتعيين لانه لغو - ولا بد ايضا مع اختلاف الجهة ان تكون متحدة الجنس فلو كان عليه دين عشر ليرات ومائة وثمانون ريالا مجيديا ثمن مبيع مثلا وبعد ايفاء العشر ليرت قال اني دفعتها عن المجيديات لا يقبل منه - كذلك لو كان زيد مديونا لعمرو بعشر ليرات ثمن مبيع فاعطى عمراً فرسا ثم بعد اختلفا فقال زيد اعطيتك الفرس

بيعا بالعشر ليرات التي لك في ذمتي وانكر عمرو هذه الجهة فحينئذ ينظر ان قال عمرو انه اخذ الفرس امانة وكانت قائمة فالقول قول عمرو القابض للفرس لان زيدا يدعي عليه عقد معاوضة وهو ينكر والقول للمنكر — وان قال اخذتها شراء بعشر ليرات اخر في ذمتك غير تلك العشر ليرات فلا يخلو ان انكر زيد تلك العشر ليرات فالقول قوله وترد له الفرس الا اذا اقام عمرو البينة وان اعترف زيد بالعشر ليرات الاخر فالقول قوله لانه في هذه الحالة قد اتفقا على الدينين واختلفا في المدفوع عن اي جهة هو فالقول قول الدافع لانه المملك ( انقرويه ) وفي فتاوي ابن نجيم من الرهن اختلف الراهن مع المرتهن فقال ( الراهن ) ما هذا الذي رهنته عندك وقال المرتهن هو فالقول لمن منهما اجاب القول للمرتهن اي لانه القابض والقول قوله قال في التاسع عشر من الفصولين اقول قالوا القول للقابض في قدر ما قبض وصفته وتعيينه فهذا يشكل بما لو اراد المشتري رد المبيع بعيب وقال البائع المبيع غيره يصدق البائع لا المشتري مع انه قابض — فالحق ان يفصل بان القول للمالك في تعيينه اذا وجد التمليك والا فللقابض كتعيين المغصوب وزق العسل في مسئلة الاختلاف في وزن الزق من البيع الفاسد — وقال ابن نجيم في تعليقاته على الفصولين القول للقابض الا اذا ملكه من الغير ملكا تاما اه فكأنه اشار بزيادة قوله ملكا تاما الى ان في اطلاق قوله اذا وجد التمليك نوع قصور — فخلاصة ما تحرر من هذه المسائل ان القول للملك تمليكا تاما كمسئلة المجلة وما ذكر في شرحها وان لم يكن تمليك فللقابض

المادة ١٧٧٦ — بعد ما انقضت مدة اجارة الرحا اذا المستأجر حط حصته من الاجرة مدة انقطاع الماء في اثناء مدة الاجارة ووقع بين الآجر والمستأجر اختلاف ولم تكن هناك بينة ينظر فان كان في مقدار مدة الانقطاع مثلا اذا ادعى المستأجر عشرة

ايام والمؤجر خمسة ايام فالقول للمستأجر مع اليمين وان كان الاختلاف في اصل الانقطاع يعني ان انكر المؤجر انقطاع الماء بالكلية يحكم الحال الحاضر يعني يجعل حكما وهو انه اذا كان الماء جاريا في وقت الدعوى والخصومة فالقول للمؤجر مع اليمين واذا كان في ذلك الوقت منقطعا فالقول للمستأجر مع اليمين

## بعد ما انقضت مدة اجارة الرحا

اعلم ان اختلاف المتآجرين في هذه المسئلة وان كان يعود الى الاختلاف في بدل الاجارة الا انه لما كان بعد استيفاء المنفعة وانتهاء مدة الاجارة فلا يجري التحالف بل القول للمستأجر بيمينه لانه ينكر زيادة البدل والبينة على المؤجر — واما اذا اختلفا في بدل الاجارة او في قدر المدة قبل استيفاء المنفعة فحكمه يأتي في المادة ١٧٧٩

### [ اذا المستأجر حط حصته من الاجرة ]

حسب المادة ٥١٨ لان انقطاع ماء الرحا يزيل التمكن من الانتفاع كليا على الوجه الذي استاجرها فيرفع الاجر بحساب ذلك بخلاف ما لو امكن الانتفاع في الجملة بان نقص الماء ولم ينقطع واستعملها المستأجر كذلك ثم اراد الحط فانه لايقبل منه ( در مختار ) فعلى ما تقرر اذا اراد المستأجر حط حصته من الاجرة [ مدة انقطاع الماء ] المانع من الانتفاع كليا [ في اثناء مدة الاجارة ] الجار متعلق بالمصدر وهو انقطاع

ج - ٥

( ووقع بين الآجر والمستأجر اختلاف في اصل الانقطاع )

وجوداً وعدما او في مدته اخمسة ايام ام عشرة وقد اتفقا على حدوثه

[ ولم يكن هناك بينة ينظر فان كان في مقدار مدة الانقطاع ] ايضاحه [ مثلا اذا ادعى المستأجر عشرة ايام والمؤجر خمسة ايام فالقول للمستأجر مع اليمين ]

على انه لايعلم انه انقطع المدة التي يدعيها المؤجر - تقدم انه في الحقيقة ينكر زيادة الاجر ولا عبرة لادعائه زيادة الايام

[ وان كان الاختلاف في اصل الانقطاع يعني انكر المؤجر انقطاع الماء بالكلية يحكم الحال الحاضر يعني يجعل حكما ]

وهذا من قبيل الاستصحاب وهو الاستصحاب المعكوس اعني الاستدلال بثبوت الشيء في الحال على ثبوته فيما مضى ما لم يوجد دليل على خلافه راجع المادة ١٦٨٣ والمادة (٥٠) وقد اشار الى بيان التحكيم بقوله

[ وهو انه اذا كان الماء جارياً في وقت الدعوى والخصومة فالقول للمؤجر مع اليمين ]

بانه لايعلم انه انقطع هذا المقدار من المدة [ وان كان في ذلك الوقت منقطعا فالقول للمستأجر مع اليمين ] على ان مدة الانقطاع لم تكن

انقص من عشرة ايام وايهما اقـام البينة قبلت وان برهنا قبلت ببينة المستأجر - اما في اصل الانقطاع ، فظاهر ، لانه يدعي حدوث المـانع والمؤجر ينكر - واما عند اختلافهما في مقدار مدة الانقطاع فبمقتضى التعليل لكون القول قول المستأجر بان المؤجر يدعي زيادة الاجر والمستأجر ينكر ان تكون البينة بينة المؤجر واني لم اجد لها تصريحا لكن ان صح ما نقله الشارح الفاضل علي حيدر افندي عن التتارخانية التي لم توجد عندي من ان البينة ايضا بينته ، فالعهدة على الناقل وان علمنا بان المستأجر يثبت زيادة ايام العطلة اعني انقطاع الماء فلا وجه له لان هذا لايتلاءم مع ما علل به قبل اسطر من ان المؤجر في المعنى يدعي زيادة الاجرة والمستأجر ينكر فتأمل وراجع - ولا يوهمنك ما صرح به في الهندية والتنقيح وغيرهما من انه عند الاختلاف في مدة الاجارة البينة بينة المستأجر لان ذاك عند الاختلاف في المدة المضروبة في العقد لا في مدة حدوث المانع

## ﴿ مسئلة ﴾

في الخانية من اختلاف الآجر والمستاجر رجل آجر ارضا ثم اختلفا فقال المستأجر استاجرتها وهي فارغة وقال رب الارض كانت مشغولة مزروعة قال الشيخ الامام ابو بكر محمد ابن الفضل رحمه الله تعالى القول قول صاحب الارض بخلاف المتبايعين اذا اختلفا في الصحة والفساد بحكم الشرط فان ثم كان القول قول مدعي الصحة لان في هذا الوجه صاحب الارض منكر الاجارة اصلاً وقال القاضي الامام علي السغدي رحمه الله تعالى في الاجارة يحكم الحال ان كانت فارغة كان القول قول مدعي الفراغ وقت العقد وان كانت مشغولة كان القول قول صاحب الارض كما في مسئلة الطاحونة اذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه - قال المصنف وينبغي ان يكون القول قول منكر الشغل لان في صحة اجارة المشغول روايتين والصحيح

انها جائزة ويونس بالتفريغ والتسليم

المادة ١٧٧٧ — اذا اختلف في طريق الماء الذي يجري الى دار احد بانه حادث او قديم وادعى صاحب الدار بكون المسيل حادثا وطلب رفعه ولم تكن لكلا الطرفين بينة ينظر فان كان في وقت الخصومة يجري الماء من المسيل او يعلم جريانه قبل ذلك يبقى على حاله ويكون القول لصاحب المسيل مع اليمين يعني يحلف على عدم كون المسيل حادثا وان كان لم يجر الماء من المسيل في وقت الخصومة ولم يعلم جريانه قبل ذلك فالقول لصاحب الدار مع اليمين

خلاصة هذه المادة اختلافهما في مجرد ان ذلك الشيء حادث او قديم بدون ان يقول احدهما هذا الشيء ملكي او حقي كما لو كان لرجل ميزاب في دار رجل وطلب صاحب الدار رفعه بدعوى انه احدثه بغير حق وصاحب الميزاب يدعي انه قديم اي موجود من زمان لاتدرك الاقران ورآء هذا الوقت كيف كان وضعه ففي هذه الصورة ايهما اقام البينة حكم له وان اقام كلاهما بان اثبت صاحب الدار انه حادث والآخر انه قديم فبينة الحدوث اولى — وهذا ما افادته المادة ١٧٦٨ لان بينة الحدوث اكثر اثباتا وان عجزا يرجع الى تحكيم الحال فان كان الماء جاريا وقت الدعوى والخصومة او كان جريانه معلوما قبل ذلك فالقول لصاحب المسيل بيمينه انه لم يكن حادثا فيترك على حاله والا فالقول لصاحب الدار انه حادث وليس بقديم

يقول الفقير قولهم ببينة الحدوث اولى من بينة القدم ليس على الاطلاق بل فيما اذا لم يدع حقا او ملكا وفيما اذا لم يذكر تاريخ اما

اذا ذكر التاريخ بان ادعى رجل ان هذا الشيء ملكي او حقي من سنة كذا وادعاه آخر سنة كذا فانه لا خلاف في ترجيح الاسبق تاريخا على ما جزم به في كثير من الكتب والا فلا لزوم حينئذ لاثبات القدم كما لو ادعى ان لي حقا في اسالة ميزابي على هذه الدار وصاحبها ينكر ذلك فاثبته بالبينة - ولا يكفي في الشهادة ان يقولوا كان المآء او شاهدناه يجري في دار هذا بل لا بد ان يصرحوا بان له حق التسييل لان التسييل قد يكون بغير حق او باباحة لكن اذا ادعى صاحب الدار ان التسييل وقع ظلما وغصبا واثبت ذلك بالبينة فانه يحكم له - ثم ان شهدوا بان له حقا في الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لمآء المطر تقبل شهادتهم وان بينوا انه لتسييل مآء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم يبينوا تقبل شهادتهم ايضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل او للوضوء او لماء المطر لان الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فتبين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم تكن بينة استحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف بريء وان نكل يقضي بالنكول كما في باب الاموال ( القول الحسن وتنقيح )

ومثال ادعاء الملكية ما في كتاب القول الحسن ذكر الامام محمد في كتاب الشرب في نهر في ارض رجل يسيل فيه مآء لاخر فاختلفا في ذلك اي قال صاحب الارض النهر الذي يجري فيه الماء ملكي وطلب منعه وصاحب الماء ايضا يقول ملكي ولا بينة لهما القول لصاحب الماء بيمينه لانه اذا كان يسيل فيه الماء او علم ذلك كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده والقول لصاحب اليد وان اقام احدهما البينة حكم له وان اقاماها ترجح بينة صاحب الارض لانه خارج كما علمت

فيؤخذ من هذا كله ان من تأمل حق التأمل يجد ان مسئلة المجلة ليس فيها خلاف لان مبناها عبارة عن مجرد التمسك بالحدوث والقدم

لاغير — واما من قال بترجيح بينة القدم، فهذا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق او كان دعوى ملكية او حق صكها اوضحناه — فقول صاحب التنقيح من كتاب الشرب ( واما مجرد بينة الحدوث والقدم من دون تاريخ ففيها خلاف ) فيه نظر لان ترجيح بينة الحدوث في الدعوى بمجرد الحدوث والقدم وهي مسئلة المجلة اتفاقي كالاتفاق في ترجيح بينة القدم عند سبق التاريخ او دعوى حق او ملكية على ما يظهر من كلامهم واستشهاده بما في الحاوي له كنيف في طريق العامة فزعم غيره انه محدث وزعم صاحبه انه قديم واقاما البينة، فالبينة بينة من يدعي انه محدث لانها تثبت ولاية النقض وقال رامزاً الى بم القول في هذا قول المدعي بالقدم اه ) فيه نظر يرشدك اليه ما كتبناه في شرح المواد ٧ و ٢٧ و٥٨ والله الموفق

المادة ١٧٧٨ — اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن او المبيع او كليهما او في وصفهما او في جنسهما يحكم لمن اقام منهما البينة وان اقام كلاهما البينة يحكم لمن اثبت الزيادة منهما وان عجز كلاهما عن الاثبات يقال لهما اما ان يرضى احدكما بدعوى الآخر او يفسخ البيع وعلى هذا ان لم يرض احدهما بدعوى الآخر حلف الحاكم كلا منهما على دعوى الآخر وبدأ بيمين المشتري فاذا نكل احدهما عن اليمين ثبتت دعوى الآخر واذا حلف كلاهما فسخ الحاكم البيع

وانما وجبت اليمين على كل من البائع والمشتري مع ان الاصل ان البينة على المدعي واليمين على من انكر، لانه اذا وجد الاختلاف في كل من الثمن والمبيع فالبائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر والمشتري

يدعي زيادة المبيع والبائع ينكر وان كان الاختلاف في احدهما فاحدهما يدعي زيادة البدل والآخر ينكره والمنكر منهما يدعي وجوب تسليم البدل على صاحبه عند تسليمه البدل والآخر ينكره فصارا مدعيين ومنكرين فتقبل بينة كل واحد منهما لكونه مدعيا ويحلف كل واحد منهما لكونه منكراً ( تبيين ) - ثم هذا التحليف ان كان قبل قبض احد البدلين فظاهر لموافقته القياس وان كان بعده فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقى دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فكان القياس ان يكتفي بحلفه لكن عرف ذلك بالنص وهو قوله عليه السلام [ اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ] - قال في الفتح فان قلت اذا لم يدع المشتري شيئا فيما بعد القبض ينبغي ان لا تقبل بينته في هذه الصورة اذا اقامها لان البينة للمدعي مع انه قال اي صاحب الهداية فيما قبل فاقام البينة قضى له بها قلت المراد ان المشترى لا يدعي شيئا ادعآء معنويا فيما بعد القبض وهذا لاينافي ان يكون المشتري مدعيا ادعاء صورياً في هذه الصورة وبينة المدعي صورة تسمع على ما صرحوا به كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر

ولك ان تقول في الجواب عن اصل السوآل ان المشتري لا يدعي شيئا فيما بعد القبض وقبول بينته لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا وهذا اي قبول البينه من غير المدعى لدفع اليمين كثير في مسائل الفقه اه كلامه - اقول يستفاد من هذا ان البينة الخلاص من اليمين لا تطرد بل تكون في المواضع التى يكون المدعي فيها صوريا لا حقيقة كالمودع يدعي رد الوديعه وكالمشتري اذا اختلف هو وبائعه في مقدار الثمن بعد قبض المبيع وهذا ما وعدنا به في شرح المادة ( ١٧٦٩ )

ج — ٥

# اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن

فقط بان ادعى المشتري انه اشتراه بمائة والبائع انه باعه بمائة وخمسين — ويدخل في الثمن رأس المال وفي المبيع المسلم فيه [ او ] في مقدار [ المبيع ] بان ادعى المشتري ان الحنطة المبيعة كران والبائع انه كر ففي هاتين الصورتين لو اقام احدهما البينة قضي له ايا كان لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي متعدية توجب القضاء على القاضي فلا يعارضها مجرد الدعوى [ تبين ] — الصورة الثالثة ما اشار اليه بقوله [ او كليهما ] بان يكون الاختلاف في مقدار الثمن والمبيع جميعا نحو ان يقول البائع بعتك هذا الفرس بمائة دينار والمشتري بعتنيها وهذه الشاة معها بخمسين دينارا واقاما البينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات فالفرس والشاة جميعا للمشتري بمائة دينار — الصورة الرابعة ما اشار اليه بقوله

# او في وصفها

ينبغي ان يقال او في وصف الثمن كما لو قال البائع بعت بثمن هو سكة خالصة من النقود وقال المشتري سكة مغشوشة لما صرح في الدر المختار لو اختلفا في وصف المبيع كقوله اشتريت على انه كاتب او خباز وقال البائع لم اشترط فالقول للبائع والبينة للمشتري اي ولا تحالف ونحوه في البحر لان اختلافهما ليس في البدل لكن المشتري يدعي اشتراط امر زائد والبائع ينكره والقول للمنكر بيمينه ولان الاصل كما في الزيادات ان القول قول المملك في بيان جهة التمليك لانه اعلم به ثم لو اقام كل منهما البينة فبينة من يدعي ان السكة خالصة وهو البائع اولى لاثباتها الزيادة وهذه الصورة الرابعة والخامسة قوله [ او في جنسها ] كذلك ينبغي ان يقال او في جنس الثمن لان اختلاف في جنس المبيع لا

يوجب التحالف بل البينة على المدعي واليمين على من انكر – مثال اختلافهما في جنس الثمن ما في تحالف البدائع ان يقول احدهما الثمن عين وقال الآخر هو دين فهذا لايخلو ان كان مدعي العين هو البائع بان قال للمشتري بعت منك ثوبي بساعتك هذه وقال المشتري للبائع اشتريته منك بمائة درهم فان كان الثوب قائما تحالفا وترادا لقوله عليه السلام [ اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا ] من غير فصل بين ما اذا كان الاختلاف في قدر الثمن او في جنسه وان كانت هالكة عند المشتري فلا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى والقول قول المشتري في الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهي مسئلة هلاك السلعة وقد مرت اي يفسخ البيع ويرد قيمة الهالك على قوله وان كان مدعي العين هو المشتري بان قال اشتريت ثوبك بساعتي هذه وقال بعته منك بمائة درهم فان كان الثوب قائما يتحالفان بالنص وان كان هالكا تحالفا ايضا اجماعا ويرد المشتري القيمة – اما على اصل محمد فظاهر لان هلاك السلعة عنده لايمنع التحالف واما على اصلهما فلأن وجوب اليمين على المشتري ظاهر ايضا لان البائع يدعي عليه بثمن الثوب مائة درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلأن المشتري يدعي عليه الزام العين وهو ينكر فكان كل واحد منهما مدعيا من وجه منكراً من وجه فيتحالفان

## يحكم لمن اقام منهما البينة

لانها حجة متعدية اقوى من الدعوى المجردة [ وان اقام كلاهما البينة يحكم لمن اثبت الزيادة منهما ] وجهه ظاهر

## [ وان عجز كلاهما عن الاثبات ]

اي عجز عن اقامة البينه ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعد ماقيل لكل واحد منهما اما ان ترضى بما قاله صاحبك والا فسخنا البيع عليك تحالفا وانما يقول له ذلك لان المقصود قطع المنازعة وهـذا طريق فيه فلعلهما يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به اذا علما ذلك زيلعي

## [ يقال لهما اما ان يرضى احدكما بدعوى الآخر ]

يكفي لاجرآء التحالف عدم رضاء واحد منهما ولا يشترط عدم رضاء كل منهما . اشار بالعجز الى ان البيع ليس فيه خيار لاحدهما ولهـذا قال في الخلاصة اذا كان للمشتري خيار رؤية او خيار عيب او خيار شرط لا يتحالفان ( اه بحر ) والبائع كالمشتري فالمقصود ان من له الخيار متمكن من الفسخ فلا حاجة الى التحالف — وذكر استخراجا لا نقلا ان البائع اذا كان يدعي زيادة الثمن وانكرها المشتري يمنع التحالف واما خيار البائع فلا — ولو كان المشترى يدعي زيادة المبيع والبائع ينكرها فان خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ واما خيار المشتري فلا — وفيه عن الخلاصة رجل اشترى عبدا ثم اختلف البائع والمشتري في الثمن فقال البائع ان كنت بعته الا بالف درهم فهو حر وقال المشتري ان كنت اشتريته الا بخمسماية درهم فهو حر فالبيع لازم ولا يعتق العبد ويلزم من الثمن ما اقر به المشتري لانه منكر للزيادة لان البائع اقر ان العبد قد عتق فلا يمكن نقضه بعد العتق ولا يعتق لان المشتري منكر للعتق — ومن الاختلاف في القدر ما فيه معزيا للمحيط قال ابو يوسف فيمن باع طعاما بعينه بعشرة وقال بعتك جزافا بعشرة وقال المشتري اشتريت مكايلة يتحالفان وكذا كل مايكال او يوزن — ولو كان هـذا في ثوب فقال بعت ولم اسم ذرعـا وقال المشترى اشتريت مذارعة القول قول البائع — ولوقال اشتريت على انه كذا وكذا ذراعا كل

ذراع بدرهم وقال البائع لم اسم ذراعا فالقول قول المشترى ويتحالفان ويترادان على قول ابي يوسف ومحمد

# او يفسخ البيع

اي يفسخه القاضي بطلب احدهما فلا ينفسخ البيع بحلفهما لانـه يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول فيفسخه القاضي — فلو كان المبيع جارية للمشترى وطئها ولو كان البيع ينفسخ بنفس التحالف لم يحل له حتى لو رضيا بترك الدعوى لم ينفسخ ( شبلي على التبيين ) . وصفة اليمين ما في الزيادات انه يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي — وذكر في التبيين ان الاصح الاقتصار على النفي يحلف كل منهما نفي ما يدعيه الآخر لان الايمان على ذلك وضعت والمعنى فيه ان اليمين تجب عـلى المنكر وهو النافي فيحلف على هيئة النفي اشعارا بان الحلف وجب عليه لانكاره وانما اشترط طلب احدهما الفسخ مع ان دفـع الفساد واجب عليه وان لم يطلبه احد لان الفساد هنا وقع بعد صحة البيع بخـلاف البيوع الفاسدة لانها وقعت فاسدة ابتداء ( شلبي )

[ وعلى هذا اذا لم يرض احدهما بدعـوى الآخر حلف الحاكم كلا منهما على دعوى الآخر وبدأ بيمين المشتري ]

لان المشتري اشدهما انكارا لانه هو المطالب بالثمن اولا فينكر عند المطالبة فيكون بادئا بالانكار وعند نكوله يطالب بالثمن كما نكل من غير تأخر — هذا اذا باع سلعة بثمن وان باع ثمنا بثمن او سلعة بسلعة

بدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما في فائدة النكول [ زيلعي ] هذا اذا اختلفا في الثمن اما اذا اختلفا في المبيع بدىء بيمين البائع يدل عليه ما ذكره في الاختلاف في الاجارة وسيأتي في المادة ١٧٧٩

[ فاذا نكل احدهما عن اليمين ثبتت دعوى الاخر ]

لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته — ثم هذا الذي ذكرناه في التحالف اذا كان اختلافهما في البدل مقصودا فان كان في ضمن شيء آخر نحو ان يشتري الرجل من آخر سمنا في زق ووزنه مائة رطل ثم جاء بالزق ليرده على صاحبه ، ووزنه عشرون فقال البائع ليس هذا زقي وقال المشتري هذا زقك فالقول قول المشتري سواء سمي لكل رطل ثمنا او لم يسم لجعل هذا اختلافا في المقبوض وفيه القول قول القابض في نفس القبض والمقبوض وان كان في ضمنه اختلاف في الثمن [ وان حلف كلاهما فسخ الحاكم البيع ] بطلب احدهما على ما مر

المادة ١٧٧٩ — اذا اختلف المؤجر قبل ان يتصرف في المأجور مع الآجر في مقدار الاجر مثلًا بان ادعى المستأجر ان الاجرة عشرة وادعى المؤجر انها خمسة عشر تقبل دعوى من اقام البينة منهما وان اقام كلاهما معا البينة يحكم ببينة المؤجر وان عجزا عن الاثبات يحلفان معا ويبدأ بتحليف المستأجر اولا ويلزم من نكل بنكوله فان حلف كلاهما فسخ الحاكم الاجارة واذا اختلفا في المدة او المسافة فالحاكم على هذا الوجه الا انه اذا اقام كلاهما البينة يحكم ببينة المستاجر ويبدأ بتحليف المؤجر في صورة التحالف

ج — ٥

اعلم اولا ان الاجارة قبل المنفعة، نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث البدل، بمنزلة الثمن والمبدل اعني منفعة المأجور بمنزلة المبيع، والتحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر فمن حيث ان كلا منهما عقد معاوضة يقبل الفسخ التحقت الاجارة به ( زيلعي وهداية ) فان قيل قيام المقصود عليه شرط للتحالف والمنفعة معدومة فوجب ان لايجري فيها التحالف قلنا في المعدوم يجري التحالف كما في السلم ولان العين المستأجرة اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فصارت كانها قائمة ( زيلعي ) وكلامنا الآن في هذا وسيأتي الكلام على ما اذا كان استيفاء المنفعة كلها او بعضها في مادتي ١٧٨٠ ١٧٨١

[ اذا اختلف المستأجر قبل ان يتصرف في المأجور ]

حقيقة بان يستوفي فيه المنفعة او حكما بان يتمكن من الاستيفاء كما لو افرغ الآجر الدار المأجورة وسلم المفتاح فلم يفعل المستأجر مع تمكنه [ مع الآجر في مقدار الاجرة ] في الفتح وهذا احتراز عن اختلافهما في الاجل فانه لايجري التحالف بينهما فيه بل القول فيه قول من ينكر الزيادة

[ مثلا بان ادعى المستأجر ان الاجرة عشرة وادعى المؤجر انها خمسة عشر ]

لو في جنسه بان قال انها فضة والمستأجر انها ذهب لو في صفته بان ادعى سكة مغشوشة والمؤجر انها خالصة

تقبل دعوى من اقام البينة منهما

لانه نور دعواه بالحجة [ وان اقام كلاهما معا البينة يحكم ببينة المؤجر ]

لانها تثبت الزيادة راجع المادة ١٧٦٢

[ وان عجز كلاهما عن الاثبات يحلفان معاً ]

لما علمت ان الاجارة قبل قبض المنفعة ، كالبيع قبل قبض المبيع وكل منهما مدع من وجه منكر من وجه اذ في الاختلاف في قدر الاجرة ، المؤجر يدعي الزيادة والمستاجر ينكر والمستاجر يدعي وجوب تسلم المأجور والمؤجر ينكر وعلى هذا الاختلاف في المنفعة

## ويبدأ بتحليف المستأجر اولا

لانه منكر لوجوب زيادة الاجرة وفي العتابية فان قيل كان الاولى ان يبدأ بيمين الموجر لتعجيل فائدة النكول فان تسلم المعقود عليه واجب اولا على الموجر ثم وجبت الاجرة على المستاجر بعده اجيب بان الاجرة اذا كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم يشترط لا يمتنع المؤجر عن تسليم العين المستاجرة لان تسليمه لايتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف

## ويلزم من نكل بنكوله

ويثبت دعوى الاخر [ فان حلف كلاهما فسخ الحاكم الاجارة ] بطلب احدهما او كليهما قطعا للمنازعة كالبيع [ واذا اختلفا في المدة او في المسافة ] وهذا هو الاختلاف في المبدل اعني المنفعة بمنزلة اختلافهما في قدر المبيع [ فالحكم على هذا الوجه ] ايهما اقام البينة يقبل وان عجزا عن

الاثبات حلفا

[ الا انه اذا اقام كلاهما البينة يحكم ببينة المستاجر ]

لاثباتها الزيادة كما لو ادعى المؤجر انه آجره داره شهرا بعشرة وادعى المستاجر شهرين او آجره دابته من حمص الى النبك بخمسين وادعى المستاجر انه آجرها الى الشام [ و ] لكن اذا لزم تحليفهما عند العجز

## يبدأ بتحليف الموجر

في صورة التحالف لانكاره زيادة المنفعة ، ولو كان الاختلاف في كل من البدل والمبدل بان يدعي المؤجر شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل فيقضى بشهرين بعشرة — وان عجزا تحالفا ويبدأ بتحليف من ادعى اولا — وان ادعيا معا فللحاكم ان يبدأ بمن شاء او يقرع بينهما [ رد محتار ]

المادة ١٧٨٠ — اذا اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار الاجرة في اثناء مدة الاجارة فالقول للمستاجر مع اليمين وليس هناك تحالف

[ اذا اختلف المؤجر والمستأجر كما ذكر في المادة الانفة بعد انقضاء مدة الاجارة فالقول للمستاجر مع اليمين ]

هذا اذا كان الاختلاف في الاجرة فلو كان في المدة كأن ادعى المستأجر

بعد الاستيفاء مدة اكثر مما ادعاه المؤجر لايكون القول للمستأجر بل للمؤجر وكأنهم تركوا البينة عليه لظهوره ( ابو السعود ) —

# وليس هناك تحالف

وذلك لان التحالف في الاجارة انما هو لالحاقها بالبيع والتحالف في البيع قبل القبض موافق للقياس وبعده مخالف للقياس لكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام [ اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ] فلا تقاس عليه الاجارة بعد استيفاء المعقود عليه — وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ، ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلها وكذا على اصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه او ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منها بموجود في الاجارة — اما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا يبقى زمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفها ان لا عقد بينها لانفساخه من اصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه

المادة ١٧٨١ — اذا اختلف المؤجر والستاجر في مقدار الاجرة في اثناء الاجارة يجري التحالف ويفسخ عقد الاجارة في حق المدة الباقية ويكون القول للمستأجر في حصة المدة الماضية

[ اذا اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار الاجرة في اثناء الاجارة ]

ذكرت المادة الآنفة حكم اختلاف المتوآجرين بعد استيفاء المنفعة وهذه في اختلافهما اثناء الاجارة اي بعد استيفاء بعضها فبين الحكم انه بالنظر لما مضى القول قول المستاجر بيمينه لانكاره الزيادة اذا كان الاختلاف في البدل ولا تحالف - ويفهم منه ان القول قول المؤجر اذا كان الاختلاف في المبدل اي المنفعة نحو مدة الاجارة كما قدمنا عن ابي السعود - وبالنظر لما بقي

( يجري التحالف ويفسخ عقد الاجارة في حق المدة الباقية ويكون القول للمستاجر في حصة المدة الباقية )

كما تحرر - قال الامام الزيلعي وهذا بالاجماع فابو يوسف رحمه الله تعالى مر على اصله في هلاك بعض المبيع فان التحالف فيه عنده يتقدر بقدر الباقي فكذا هنا - وهما في الاجارة خالفا اصلهما في البيع

والفرق لمحمد رحمه الله تعالى ما بيناه في استيفاء الكل من ان المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا لا يبقى العقد فلم يمكن ايجاب شيء - والفرق لابي حنيفة رضي الله عنه ان العقد في الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ على حدة فلا يلزم من تعذر التحالف في الماضي التعذر فيما بقي اذ هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفان فيه - بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه عنده في الكل ، لانه عقد واحد فاذا امتنع في البعض امتنع في الكل ضرورة كيلا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع - مثاله باع ثوبين صفقة واحدة ثم هلك احدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن قال القدوري لايتحالفان الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك والقول قول المشترى مع يمينه الا ان يشاء البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا وقال ابو يوسف رحمه الله

تعالى يتحالفان في القائم ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان في الهلاك ويكون القول في ثمنه قول المشتري – وقال محمد رحمه الله تعالى يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد القائم وقيمة الهالك ودليل كل مبسوط في التبيين فارجع اليه

المادة ١٧٨٢ – اذا اختلف المتبايعان بعد ان تلف المبيع في يد المشتري او حدث فيه عيب مانع للرد لايجري التحالف ويحلف المشتري فقط

## اذا اختلف المتبايعان

اي في مقدار الثمن تكملة عن المعراج – وهذا اذا كان الثمن دينا بان كان دراهم او دنانير او مكيلا او موزونا وان كان عينا بان كان العقد مقايضة فاختلفا بعد هلاك احد البدلين يتحالفان بالاتفاق – ( در مختار ) لان المبيع كل منهما ويرد مثل الهالك او قيمته فكان العقد قائما ببقاء الباقي منهما – وان اختلفا في نفس البدل من كونه دينا او عينا ان ادعى المشتري انه كان عينا يتحالفان عندهما وان ادعى البائع انه كان عينا وادعى المشتري انه كان دينا لايتحالفان والقول قول المشتري ( تكملة عن الكفاية ) [ بعد ان تلف المبيع ] كله او بعضه

## في يد المشتري

احتراز عما اذا هلك عند البائع قبل قبضه فان البيع ينفسخ ط اذ لم يبق محل للتحالف راجع المادة ٢٩٣ وشرحها لكن اذا استهلكه رجل آخر

وهو في يد المشتري يكون ضمانه بدلا عنه قائما مقامه فيجري التحالف على وفق القياس بخلاف ما اذا استهلكه المشتري فانه يجعل قابضا باستهلاكه ويلزمه المبيع وصار كما لو هلك في يده فلا تحالف والقول له في انكار الزيادة بيمينه ولو استهلكه البائع كان فسخا للبيع كما لو هلك بنفسه فلا حاجة الى التحالف – ومثله اذا هلك بعض المبيع لو اخرجه المشتري عن ملكه لان التحالف مشروط بعد القبض بقيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بهلاك بعضها اذ بهلاك البعض ينعدم الشرط ( هندية ) ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لايجوز ( هندية ) . وهذا قول ابي حنيفة الا ان يرضى البائع بترك حصة الهالك اصلا فحينئذ يتحالفان ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان في الهالك ويكون القول في ثمنه قول المشتري وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد القائم وقيمة الهالك ( تكملة عن العيني )

# او حدث فيه عيب

آخر عند المشتري [ مانع للرد ] ، او زيادة متصلة غير متولدة من الاصل قبل قبض المبيع او بعده ، او زيادة منفصلة اذا كانت متولدة من الاصل وحدثت بعد القبض

مثال حدوث عيب آخر عند المشترى ما في رد المحتار عن النهر لو قتل العبد المبيع عند المشتري رجلا خطأ ثم ظهر انه قتل آخر عند البائع فقبله البائع بالجنايتين لايجبر المشتري على ذلك وانما يرجع بالنقصان على الجناية الاولى دفعا للضرر عنه لانه لو رده على بائعه كان مختارا للفداء فيهما وكما لو اشترى عصيرا فتخمر بعد قبضه ثم وجد فيه عيبا لايرده

وان رضي البائع وانما يرجع بالنقصان

يقول العبد الفقير يوخذ من هذين المثالين ان الرد يكون ممنوعا لحق العبد كما في المثال الاول . يشير الى هذا قوله لا يجبر المشتري - وقد يكون لحق الله تعالى يشير اليه قوله وان رضي البائع .

واما عدم جريان التحالف للزيادة المانعة من الرد فيرجع في ذلك الى معرفة الزيادة التي تمنع الرد بالعيب من غيرها في رد المحتار عن البحر اعلم ان الزيادة في المبيع اما قبل القبض او بعده وكل منهما نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كسمن وجمال فلا تمنع الرد قبل القبض وكذا بعده في ظاهر الرواية وللمشتري الرجوع بالنقصان وليس للبائع قبوله عندهما وعند محمد له ذلك

وغير متولدة كغرس وبناء وصبغ وخياطة فتمنع الرد مطلقا اي قبل القبض وبعده لانه لا وجه للفسخ في الاصل دونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست مبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه - والمنفصلة نوعان متولدة كالولد والثمر والارش فقبل القبض لا تمنع فان شاء ردهما او رضي بهما بجميع الثمن وبعد القبض يمتنع الرد ويرجع بحصة العيب - وغير متولدة ككسب وغلة وهبة وصدقة فقبل القبض لا تمنع الرد فاذا رد فهي للمشتري بلا ثمن عنده ولا تطيب له وعندهما للبائع ولا تطيب له وبعد القبض لاتمنع الرد ايضا وتطيب له الزيادة وتمامه في البحر عن القنية - وحاصله انه يمتنع الرد في موضعين في المتصلة غير المتولدة مطلقا وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض كما في البزازية وغيرها

## لايجري التحالف

لان التحليف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس فغيره عليه لا

يقاس كما تقدم في شرح المادة ١٧٧٨ ولانه فيما لا يجوز فيه الرد بالعيب لايتأتى الفسخ حتى يجري التحالف [ ويحلف المشتري فقط ] لانكاره الزيادة . وفي التكملة عن التارخانية وان وقع الاختلاف بين ورثتهما او بين ورثة احدهما وبين الحي فان كان قبل قبض السلعة يتحالفان بالاجماع وفي شرح الطحطاوي الا ان اليمين على الورثة على العلم وان كان بعد القبض فكذلك عند محمد وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يتحالفان . وفي شرح الطحطاوي والقول قول المشتري او قول ورثته بعد وفاته وقوله فان كان قبل قبض السلعة قال في البدائع اي مات المورث قبل ان يقبضها ثم قبضها وارثه بعده فاختلف مع البائع مثلاً — وجهه ان للقبض شبها بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجري بينهما التحالف الا ان الوارث يحلف على العلم لا على البتات لانه على فعل الغير . وان كان المورث قد قبض السلعة قبل موته فلا تحالف عندهما خلافا لمحمد — والاصل عندهما ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد لا يمنع كذا هذا والصحيح قولهما

## المادة ١٧٨٣ — ليس في دعوى الأجل يعني في كونه مؤجلا اولا وفي شرط الخيار وفي قبض كل الثمن او بعضه تحالف وفي هذه الصور الثلاثة يحلف المنكر

### [ ليس في دعوى الاجل يعني في كونه مؤجلا اولا ]

وهو الاختلاف في اصل الاجل ولا في قدره من كونه شهراً او شهرين بعد الاتفاق على اصله — قال في البدائع هذا لا يخلو من اربعة اوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في

مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعا — فأن اختلفا في اصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع يمينه لان الاجل امر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعي الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله ايضا لما قلنا — وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على اصله وقدره ، فالقول قول المشتري انه لم يمض ، لان الاجل صار حقا له بتصادقهما فكان القول فيه قوله — وان اختلفا في القدر والمضي جميعا فقال البائع الاجل شهر وقد مضى وقال المشترى شهران ولم يمضيا ، فالقول قول البائع في القدر وقول المشتري في المضي فيجعل الاجل شهرا لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضي اه

# وفي شرط الخيار

اي في اصله او قدره ايضا ( فتح ) بان ادعى احدهما بائعا كان او مشتريا ان البيع وقع بالخيار وانكره الآخر القول للمنكر او اتفقا على وجود شرط الخيار واختلفا في مقدار مدته فقال احدهما خمسة ايام والاخر عشرة فالقول لمن انكر دعوى الآخر فلو ادعى البائع ان مقدار مدة الخيار عشرة ايام وقال المشتري خمسة فالقول للمشتري بيمينه او ادعى المشتري ان مدته عشرة ايام وقال البائع خمسة فالقول للبائع بيمينه

## [ وفي قبض كل الثمن او بعضه تحالف ]

اسم ليس موخر وفي هذه الصور الثلاث يحلف المنكر ولا يتحالفان عندنا بمنزلة سائر الدعاوي وذلك لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والعقد لا يتم الا بالمبيع والثمن فلو اختلفا في المبيع او

الثمن وحلفا لم يثبت ما ادعاه احدهما فيبقى الثمن مجهولا وجهالة احدهما او كليهما توجب فساد العقد فيرجع الى التحالف ليفسخ العقد ولان الاختلاف في الثمن او المثمن يوجب الاختلاف في العقد واذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا فالبيع مثلا بمقدار معين من الثمن غير البيع بمقدار انقص او ازيد او بجنس آخر الا يرى انه لو اختلف الشاهدان وشهد احدهما بالبيع بالف درهم والاخر بالدنانير لايقبل بخلاف الاختلاف في دعوى الاجل او شرطه الخيار فانه لا يوجب الاختلاف في العقد الا ترى انه لو شهد احدهما انه باعه بالف الى شهر وشهد الاخر انه باعه ولم يذكر الخيار جازت اه ملخصا من العناية وفتح القدير . وقول المجلة ( في هذه الصور الثلاث ) ليس على وجه الحصر بل ضابطه كل ما هو اختلاف في غير المعقود به والمعقود عليه من كل ما كان وجوده وعدمه سواء في ان العقد لا يحتاج في صحته اليه كالمسائل المتقدمة وكشرط رهن او كفالة في ثمن المبيع لانها تثبت بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض فلا تحالف . وعلى هذا لو اختلفا في جنس المسلم فيه او في قدره او صفته مع اتفاقهما على رأس المال تحالفا وترادا بالاتفاق لان هذا اختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص . ولو اختلفا في مكان ايفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الايفاء في مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك الايفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان عند ابي حنيفة بناء على ان تعيين المكان شرط عنده فترك بيانه مفسد للسلم والمسلم اليه يدعي الصحة فالقول قوله وعندهما يتحالفان بناء على تعيين مكان الايفاء ، لايشترط لصحة السلم وعند عدم التعيين لا يفسد السلم بل ينصرف الى مكان العقد وقد اختلفا فيه فوجب التحالف — وان اختلفا في اصل الاجل لم يتحالفا لان الاجل ليس معقودا عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه ، لا يوجب التحالف والقول قول من يدعيه منهما لتمسكه بالاصل وهو صحة العقد والبينة ايضا بينته ومنكره يدعي فساده . وان اختلفا في قدره لم يتحالفا والقول قول رب

السلم وعلى المسلم اليه اثبات زيادة المدة . وان اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم اليه - وصورته اذا قال رب السلم كان الاجل شهرا وقد مضى وقال المسلم اليه كان شهراً ولم يمض واني اخذت مال السلم الساعة كان القول قول المسلم اليه - وان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فالقول قول رب السلم في القدر وقول المسلم اليه في المضي وان اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه تحالفا وترادا ايضا سواء اختلفا في جنس رأس المال او قدره او صفته اه بدائع ملخصا .

# فهرست الجزء الخامس

## من كتاب المجلة اوله كتاب الدعوى

صحيفة

صحيفة

صحيفة

٩٣ المشترى شراء فاسد والمبيع في يد المشتري كالمشتري صحيحا في كونه خصما للمستحق والمشتري باطلا لا حكم له والبائع هو الخصم

٩٣ المشتري بالخيار مقبوضا ام لا اذا ظهر مستحق له فالخصم كل من البائع والمشتري يلزم حضورهما في الدعوي

٩٥ في دعوى الضياع هل يشترط حضور المزارعين قولان الثالث التفصيل

٩٦ مديون رهن شيئا ثم اغتصبه من المرتهن وباعه لآخر فادعى المرتهن على المشتري تسليمه هل يشترط حضور الراهن في الخانية لا

٩٩ اقرار المودع لمن يدعي ان المودع وكله بقبضها لا يؤمر بدفعها اليه بخلاف الوكيل بقبض الدين

١٠٢ في التركة المستغرقة الوارث وان كان خصما في الاصح الا انه لا يحلف لانه لو نكل لا ينفذ اقراره خوفا من ان لا يبقى للغريم الغائب شيء

١٠٣ الموصى له بجميع المال عند عدم الوارث او الوصي خصم لمن يدعي دينا على الميت

١٠٦ نظير احد الورثة في انتصابه خصما عن الباقين احد نظار الوقف وكذا احد الموقوف عليهم خصم عن الكل

١١٣ اقرار احد الورثة بالدين يلزمه في حصته فقط وشهادة هذا المقر مع آخر تقبل قبل القضاء لا بعده

١١٥ قضى الوارث دين احد الدائنين من التركة باقراره ان بغير قضاء يضمن للدائن الآخر والا لا ويشارك الآخر الاول

١١٦ الوارث اذا ادعى شيئا من التركة قبل القسمة تسمع دعواه وبعدها لا للتناقض

١١٧ لا يجوز اقرار الوصي بدين على الموصي الا ان يشهد هو ومعه آخر فيصح على معنى الشهادة

١١٩ ادى مديون الميت الى وصي الميت برأ وان لم يكن له وصي فدفع الى بعض الورثة يبرأ عن حصته خاصة

## ﴿ الباب الرابع ﴾

### في بيان التناقض

صحيفة



## ﴿ الباب الثاني ﴾ ١٦٦

### في حق مرور الزمن

صحيفة

صحيفة

# الفصل الاول

## في بيان تعريف الشهادة ونصابها

٢٠٠ ادعى دينا على رجل فوكل المدعيعليه رجلين فاقام المدعي شاهدا على احد الوكيلين وشاهدا على الاخر جاز

٢٠٣ يقبل قول الواحد العدل في ١١ موضعا

٢٠٥ شهادة الاخرس لا تقبل في كل حال اتفاقا كالاتفاق على عدم قبولها من الاعمى في المنقول والعقار وفي القضاء بشهادته بعد ادائها بصيرا ثم عمي خلاف ابي يوسف

٢٠٦ متى ردت شهادة الشاهد لعلة ثم زالت العلة فشهد في تلك الحادثة لاتقبل الا في اربع

٢٠٧ فروع واحكام تتعلق بالمادة ١٦٨٨ انظر اليها

٢٣٠ احكام وفروع شتى في دعوى الوارث شيئا لمورثه ينتهي الى الصحيفة ٢٤١ فارجع اليها

٢٤٣ خلاصة ما في شرح المادة ١٦٩٥ ان الادعاء بالعين مطلقا عن التقييد بالملكية فيما مضى او في الحال فشهدا بالاطلاق تقبل

٢٤٣ وفي دعوى الدين مطلقا عن القيد المذكور لا تقبل الشهادة ما لم ينصا على انه باق الى حين الادعاء في الحي والى الموت في حق الميت

٢٤٧ وفي صورة ادعاء الملك مقيدا فيما مضى فشهدا له ببقائه الى الحال او شهدا له بالملكية في الماضي لا تقبل في الاصح وتعليل كل في الشرح

٢٥٠ النفي الصرف الذي لا تقبل فيه الشهادة هو الذي لم يقصد منه اثبات امر وجودي والا تقبل وعليه تتفرع مسائل

٢٥١ يشترط في قبول شهادة التواتر ان يكون النفي مما يحيط به علم الشاهد والا فلا تقبل كقولهم المدعى عليه لم يفعل كذا او لم يقل

صحيفة

صحيفة

٣٠٩ اختلاف الدعوى والشهادة في سبب الدين انما يمنع قبول الشهادة اذا كان يؤدي الى اختلاف نوع الدين كثمن مبيع وقرض لاختلافهما حكما والا لايمنع كالاختلاف في كون الدين قرضا او ضمان مغصوب

٣١٠ ﴿ الفصل الخامس ﴾

في بيان اختلاف الشهود

٣١٣ في بيان الاحكام في اختلاف الشاهدين قولا وفعلا فيما يتعلق بنفس الدعوى وفيما بين الدعوى والشهادة

٣١٥ الذي يظهر عند اختلاف الشهادة في الليرة العثمانية والفرنساوية قبولها بالاقل منها لان الاختلاف في الوصف والكم لايخرجها عن كونها اثمانا خلقة فكانها شهدا باعتبار ما فيها من مقدار الذهب

٣٢٥ في الفتح اختلفا في المكان او الزمان وبينهما تفاوت فاحش ككونه طلقها يوم النحر بمكة والاخر ذلك اليوم في الكوفة لاتقبل لتيقن كذب احدهما

٣٢٧ عقد الكتابة كالبيع في الاختلاف في الثمن لاتقبل الشهادة وكذا الخلع والعتق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هوا المرأة او العبد او القاتل وان كان الزوج او المولى او ولي القتيل فبمنزلة دعوى الدين على الخلاف بين الامام وصاحبيه

٣٣٢ ﴿ الفصل السادس ﴾

في تزكية الشهود

صحيفة

صحيفة

صحيفة

الجزء السادس

# شرح المجلة

تأليف

العلامة الكبير والفقيه المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبق

محمد خالد الأتاسي

عني باتمام ما فات المؤلف نشره من المواد وبابرازه الى عالم المطبوعات ولده مفتي حمص الحالي

محمد طاهر الأتاسي


مكتبه رشيديه سركي روڈ كوئٹه

مكتبه حقانيه ، پشاور فون ۲۲۰۳۹۳۱

بسم الله الرحمن الرحيم

حمداً لك يا ولي الحمد يامن ليس لنعمته حد وصلاة وسلاماً علـى رسولك صاحب اللواء المعقود والمقام المحمود وعلى آله واصحابه والمتأدبين بآدابه

# الكتاب السادس عشر

## في القضاء

ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب

### ـ المقدمة ـ

### في بيان بعض الاصطلاحات الفقهيَّة

**المادة ١٧٨٤ — القضاء ياتي بمعنى الحكم والحاكمية**

القضاء ياتي بمعنى الحكم وهما لفظان مترادفان يقال حكم القاضي على زيد اي قضى عليه — والحاكمية مصدر كالفاعلية والجاهلية قال الله تعالى ( اذ جعل الذين كفروا في قلوبهم الحمية حمية الجاهلية ) كذا في البيضاوي

ولم ار من فرق بين الحكم والحاكمية ولعل الفرق ان الحكم اسم للحدث من حيث هو والحاكمية اسم له مع ملاحظة ذات تتصف به ففي قولنا قضاء القاضي عدل او جور اي حكمه يراد الاول واذا قال السلطان اذا جاء الشهر الفلاني فقد وليتك قضاء كذا يراد الثاني اي جعلتك حاكما .

نذكر لك نبذة في بيان معنى القضاء وفي فرضيته وحكمته وفي الاحكام المتعلقة بقبوله وفي بيان من يصلح للقضاء وفي بيان ما ينفذ من القضايا وما ينقض منها — اما الاول فالقضاء يأتي لغة بمعنى الالزام من قضى يقضي يقال قضى القاضي عليه بكذا الزمه به وبمعنى الامر ( وقضى ربك ان لاتعبدوا الا اياه ) امر امراً مقطوعاً ويأتي لمعنى بلوغ الحاجة نحو قضى فلان حاجته — وفي الكشاف اذا بلغ حاجته من شيء له همة قيل قضى وطره — ولمعنى الموت قضى المريض مات ولمعنى الخلق ( فقضاهن سبع سموات ) اي خلقهن خلقا ابداعياً ( بيضاوي ) واذا ذكر القضاء مقرونا بالقدر فهو عند الاشاعرة ارادته الازلية المتعلقة بالاشياء على ماهي عليه فيما لا يزال والقدر ايجاد الاشياء على قدر مخصوص من كونها على وفق الارادة كذا في جمع الجوامع عن المواقف — والقضاء في الشرع قول ملزم يصدر عن ولاية عامة ( هندية ) واما فرضيته فنصب القاضي فرض لانه نصب لاقامة امر مفروض وهو القضاء قال الله تعالى ( ياداود انا خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ) وقال تعالى لنبينا الاعظم صلى الله عليه وسلم ( فاحكم بما انزل الله ) والقضاء هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما انزل الله فرض فكان نصب القاضي لاقامة الفرض فكان فرضا ضرورة — وهذا لان في القضاء بالحق اظهار العدل وبالعدل قامت السموات والارض ورفع الظلم — وانصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ( بدائع )

واما حكمته فحسم الخصومات ورفع التهارج واقامة العدل والامر بالمعروف والنهي عن المنكر الى غير ذلك من المحسنات

واما الاحكام المتعلقة بقبوله فخمس واجب وهو ان يتعين له ولا

يوجد من يصلح غيره — ومستحب وهو ان يوجد من يصلح له لكنه هو اصلح واقوم ومخير وهو ان يستوي هو وغيره في الصلاحية والقيام به وهو مخير ان شاء قبل وان شاء لا — ومكروه وهو ان يكون صالحا للقضاء لكن غيره اصلح — وحرام ان يعلم من نفسه العجز وعدم الانصاف لما يعلم من باطنه من اتباع الهوى مالا يعرفونه فيحرم هندية عن خزانة المفتين

واما من يصلح للقضاء فمن يجتمع فيه شرائط الشهادة ومع هذا ينبغي ان يكون عالما بالحلال والحرام وسائر الاحكام — وبلوغه درجة الاجتهاد ليس بشرط — ولا ينبغي ان يقلد الجاهل بالاحكام اذ ربما يقضي بالباطل ولا يشعر به وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة قاض في الجنة وقاضيان في النار رجل علم علما فقضى بما علم فهو في الجنة ورجل علم علما فقضى بغير ما علم فهو في النار ورجل جهل فقضى بالجهل . فهو في النار — الا انه لو قلد جاز عندنا لانه يقدر على القضاء بالحق بعلم غيره بالاستفتاء من الفقهاء ( بدائع ) وفي البزازية لا يستعمل السلطان في القضاء الا الموثوق بصلاحه وفقهه وعمله وعلمه بوجوه السنة والآثار والفقه — والعلم شرط الاولوية لا جواز التقليد حتى لو قضى بفتوى غيره صح — وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام ( من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين )

واما ما يلزم القاضي من الآداب فاصله ماكتبه سيدنا عمر الى ابي موسى الاشعري رضي الله عنهما وسماه محمد كتاب السياسة وفيه بعد البسملة من عمر ابن الخطاب امير المؤمنين الى ابي موسى الاشعري سلام الله عليك فاني احمد الله الذي لا اله الا هو اما بعد. فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا ادلى اليك الخصمان فانه لاينفع تكلم بحق لانفاذ له اس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك البينة على المدعي واليمين

على من انكر الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا ولا يمنعك قضاء قضيته بالامس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك ان تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك من القرآن العظيم والسنة ثم اعرف الاشباه والامثال وقس الامور عند ذلك فاعمد الى احبها واقربها الى الله تعالى واشبهها بالحق اجعل للمدعي امدا ينتهي اليه فاذا احضر بينته اخذ بحقه والاوجب القضاء عليه وفي رواية وان عجز استحللت عليه القضاء فان ذلك ابلغ للعذر واجلى للعمى المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف او ظنينا في ولاء او قرابة او مجربا عليه شهادة زور فان الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات اياك والغضب والضجر والقلق والتأذي بالناس للخصوم في مواطن الحق الذي يوجب سبحانه وتعالى به الاجر ويحسن به الذخر وان من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه في الحق يكفه الله تعالى فيما بينه وبين الناس ومن يتزين للناس بما يعلم الله منه خلافه شانه الله عز وجل فانه سبحانه وتعالى لا يقبل من العبادة الا ما كان خالصا فما ظنك بثواب من الله سبحانه وتعالى من عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام

قوله رضي الله تعالى عنه ( فافهم اذا ادلى اليك الخصمان ) الادلاء رفع الخصومة الى الحاكم والفهم اصابة الحق فمعناه عليك ببذل المجهود في إصابة الحق اذا ادلى عليك وقيل معناه اسمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده وبهذا يؤمر كل قاض لانه لا يتمكن من تمييز المحق من المبطل الا بذلك وربما يجري على لسان احد الخصمين مايكون فيه اقرار بالحق لخصمه فاذا فهم القاضي ذلك انفذه واذا لم يفهم ضاع واليه اشار في قوله لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له وقيل المراد استمع الى كلام الشهود وافهم مرادهم فلنهم يتكلمون بالحق بين يديك وانما يظهر منفعة ذلك بتنفيذ القاضي اياه وقوله ( اس بين الناس ) معناه سو بين الخصمين

فالتأسي في اللغة التسوية وفيه دليل ان على القاضي ان يسوي بين الخصوم اذا تقدموا اليه اتفقت مللهم او اختلفت فاسم الناس يتناول الكل وانما يسوى بينهم فيما اشار اليه في الحديث فقال في وجهك ومجلسك وعدلك يمني في النظر الى الخصمين والاقبال عليهما في جلوسهما بين يديه حتى لا يقدم احدهما على الآخر وفي عدله بينهما وبالعدل امر — وحكى ان ابا يوسف رحمه الله تعالى قال في مناجاته عند موته اللهم ان كنت تعلم اني ما تركت العدل بين الخصمين الا في حادثة واحدة فاغفرها لي قيل وما تلك الحادثة قال ادعى نصراني على امير المؤمنين دعوى فلم يمكنني ان امر الخليفة بالقيام من مجلسه والمساواة مع خصمه ولكني رفعت النصراني الى جانب البساط بقدر ما امكنني ثم سمعت الخصومة قبل ان اسوى بينهما في المجلس فهذا كان جوري ليعلم ان هذا من اهم ما ينبغي للقاضي — وقوله ( حتى لا يطمع شريف في حيفك الحيف هو الظلم فاذ قدم الشريف طمع في حيفه وانكسر بهذا التقديم قلب خصمه الضعيف فيخاف الجور وربما يتمكن للشريف عند هذا التقديم من التلبيس ما يعجز الضعيف عن اثبات حقه بالحجة والقاضي هو المسبب لذلك باقباله على احدهما وتركه التسوية بينهما في المجلس وقوله البينة على المدعي الخ ) هذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعد من جوامع الكلم وقوله ( الصلح جائز بين المسلمين الخ هذا ايضا مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل على جواز الصلح ) وقوله ( الا صلحا احل حراما الخ ) المعنى الصلح جائز الا صلحا احل حرام العين بان وقع الصلح على خمر او خنزير او في الخصومة بين الزوجات صالح احدى المرأتين على ان لا يطأ الاخرى او صالح زوجته على ان يحرم امته على نفسه فهذا هو الصلح حلل حراما او حرم حلالا فهو باطل وقوله ( ولا يمنعك قضاء الى قوله خير من التمادي في الباطل ) فيه دليل على انه اذا تبين للقاضي الخطأ في قضائه بان خالف قضاؤه النص او الاجماع فعليه ان ينقضه ولا ينبغي ان يمد

الاستحياء من الناس فان مراقبة الله تعالى في ذلك خير له وهذا ليس في القاضي خاصة بل هو في كل من يبين اثره شيئا من امور الدين الواعظ والمفتي والقاضي في ذلك سواء اذا تبين له انه زل فليظهر رجوعه عن ذلك فزلة العالم سبب افتنة الناس ولكن هذا في حق القاضي اوجب لان القضاء ملزم وقوله ( الحق قديم ) يعني هو الاصل المطلوب ولانه لا تتكلتم زلة من زل بل تظهر لا محالة فاذا كان هو الذي يظهرها على نفسه كان احسن حالا عند العقلاء من ان تظهر عليه مع اصراره على الباطل وقوله ( الفهم الفهم فيما يختاج في صدرك الى قوله واشبهها ) هذا في حق القاضي المجتهد واما في عصرنا هذا فعليه ان يحكم بالقول الصحيح من مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه راجع شرح هذه المادة . . — وقوله اجعل للمدعي امدا ينتهي اليه الخ ) فيه دليل على ان القاضي عليه ان يمهل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من اقامة الحجة فيه حتى اذا قال المدعي بينتي حاضرة امهله ليأتي بهم فربما لم يات بهم في المجلس الاول بناء على ان الخصم لاينكر حقه لوضوحه فيحتاج الى مدة ليأتي بهم وبعد ما اقام البينة اذا ادعى الخصم الدفع امهله القاضي ليأتي بدفعه فانه مامور بالتسوية بينهما في عدله وليكن امهاله على وجه لا يضر بخصمه فان الاستعجال اضرار بمدعي الدفع وفي تطويل مدة امهاله اضرار بمن اثبت حقه وخير الامور اوسطها وقوله ( فان احضر بينته اخذ بحقه الخ ) ان كان مراده دعوى الدفع فهو اوضح لانه اذا عجز عن اثبات ما ادعى من الدفع وجه القاضي اليه القضاء ببينة المدعي وما لم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضاء عليه لان الحجة انما تقوم عليه اذا اظهر عجزه عن الدفع بالطعن والمعارضة — وان كان مراده جانب المدعي فمعنى قوله وجهت القضاء عليه الزمته الكف عن اذى الناس والخصومة من غير حجة وقوله ( فان ذلك ابلغ في العذر ) اي للقاضي من توجه القضاء لانه اذا قضى عليه بعد ما امهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكرا له ساكتا واذا لم يمهله انصرف شاكيا وقوله ( اجلى للعمى )

اي لازالة الاشتباه . وقوله ( المسلمون عدول ) هــذا اللفظ منقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا دليل لابي حنيفة على جواز القضاء بشهادة المستور قبل السوآل عنه اذا لم يطعن الخصم وقوله ( الا محدودا في قذف ) دليل لنا على ان المحدود في القذف لا تقبل شهادته وان تاب . وقوله او ظنينا في ولاء او قرابة ] اي متهما بسبب القرابــة او الولاء . هو ايضا دليل لنا على ان شهادة الوالد لولده وبالعكس غير مقبولة وعلى ان شهادة احد الزوجين لصاحبه غير مقبولة لان الزوجية من اقوى اسباب الموالاة وقد اشار الى ان نفس الولاء والقرابة لايقدحان في العدالة ولكن اذا تمكنت التهمة حينئذ يمتنع العمل بالشهادة . وقوله ( فان الله تعالى تولى منكم السرائر ) يعني ان المحق والمبطل ليس للقاضي طريق الى معرفة حقيقته فان ذلك غيب ولا يعلمه الا الله تعالى ولكن الطريق للقاضي العمل بما يظهر عنده من الحجة . وقوله ( والتأذي بالناس يعني اظهار التأذي بكثرة الخصوم بين يديه واظهار الملال منهم والمراد التأذي بما يسمع من بعض الخصوم بما لا حاجة به اليه فقد يطول احد الخصمين كلامه ولكن لا ينبغي للقاضي ان يظهر التاذي بذلك ما لم يجاوز الحد فاذ تكلم بما يرجع الى الاستخفاف بالقاضي او يذهب بــه حشمة مجلس القضاة فحينئذ يمنعه عن ذلك ويؤدبه عليه وقوله ( والتنكر للخصوم ) هو ان يقطب وجهه اذا تقدم اليه خصمان فان فعل ذلك مع احدهما فهو جور منه وان فعله معهما ربما عجز المحق عن اظهار حقه فذهب وترك حقه قال الله تعالى ( ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حــولك ) وقوله ( في مواطن الحق ) يعني في مجالس الحكم فالحلم وترك الضجر والقلق واظهار البشر مــع الناس محمود في كل موضع وفي مجلس القضاء اولى بعد ان يكون لوجه الله تعالى كما قال فانــه من يخلص نيته الى آخر رسالته رضي الله تعالى عنه

واما اركان القضاء فستة حكم ومحكوم به ومحكوم عليه ومحكوم له وحاكم وطريق الحكم فالاول يتعلق به فرضية القضاء وشروطه وما ينبغي للقاضي

ان يكون عليه في سيرته وعلمه وادآبه

ويتعلق في الركن الثاني ان القاضي ان كان مجتهدا يقضي بما في كتاب الله من الاحكام التي لم تنسخ ــ وان ورد عليه شيء لم يعرفه في كتاب الله تعالى يقضي بما جاء في السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانا امرنا باتباعه قال الله تعالى « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » الاية فان لم يجد نصا يقضي باجماع الصحابة قال عليه السلام ( عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي ) فان كان بينهم اختلاف فان كان القاضي من اهل التمييز والنظر ميز اقاويلهم ورجح قول بعضهم ونظر الى اشبهها بالحق واقربها الى الصواب واحسنها عنده وقضى به لقوله عليه السلام ( اصحابي كالنجوم بايهم اقتديتم اهتديتم فان كان شيء لم يات فيه من الصحابة قول وكان فيه اجماع التابعين قضى به لان اجماع كل عصر حجة فلا يسعه ان يخالفه وان كان فيه اختلاف بينهم يرجح قول بعضهم ويقضي به

وان لم يجد شيئا من ذلك فان كان من اهل الاجتهاد قاسه على ما يشبهه من الاحكام واجتهد برأيه وتحرى الصواب ثم قضى برأيه وان لم يكن من اهل الاجتهاد يستفت في ذلك فياخذ بفتوى المفتي ولا يقضي بغير علم ولا يستحي من السوآل لئلا يلحقه الوعيد المذكور في قوله صلى الله عليه وسلم ( القضاة ثلاثة ) وقد تقدم فلو قاس مسئلة على مسئلة فظهر خلافه يأثم اذ ليس بمجتهد وهو متعد فالخصومة للمدعي وللمدعى عليه على القاضي يوم القيمة وارجع الى معرفة الاجتهاد واهله في شرح المادة ١٧٨٤ .

وهو اربعة اقسام حق الله تعالى المحض كحد الزنا او الخمر وحق العبد المحض وهو ظاهر وما اجتمع فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف والسرقة او غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير – وشرطه كونه معلوما ( رد محتار عن البحر )

واما الركن الثالث وهو المحكوم له فيتعلق به ان القاضي يجوز له

ان يحكم لمن قلده ولمن يحكم عليه كالسلطان الا يرى ان سيدنا عليا رضي الله تعالى عنه قلد شريحا وخاصم عنده ولان المقلد ليس نائبا عن المقلد بل عن جماعة المسلمين ولهذا لا ينعزل بموته - ولا يجوز قضاؤه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له لان مبنى القضاء على الشهادة ولا يصح شاهدا لهؤلاء فلا يصح قاضياً لهم لمكان التهمة ويجوز ان يقضي عليهم لانه لو شهد عليهم جاز فكذا القضاء

واما المحكوم عليه فيتعلق به انواع منهم الحاضر المالك لامره ومنهم الغائب في المواضع التي يجوز فيها الحكم عليه ومنهم الصغير المحجور عليه ومنهم السفيه المولى عليه ومنهم الورثة المدعى عليهم في مال الميت ومنهم الصغير والكبير وجميع ذلك مسطور في كتاب الدعوى ولا يحكم على عدوه وهو الاصوب الكل من معين الحكام

واما الحاكم فهو اما الامام او القاضي او المحكم

واما طريق الحكم فقد عدها في الاشباه سبعا بينة واقرار ويمين ونكول عنه وقسامة وعلم قاض على المرجوح وفي جامع الفصولين وينبغي ان لا يفتى به وهو قول محمد لما علم من احوال قضاة زماننا

والسابع قرينة قاطعة ( در مختار ) - وان لم يكن مجتهدا وقد ولاه السلطان ليحكم بمذهب معين من مذاهب المجتهدين فحكم بمذهب آخر لا ينفذ حكمه سواء كان القاضي عالما او جاهلا مقلدا او مجتهدا ناسيا او عامداً وقد صرحت العلماء بان القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والاشخاص فاذا خصه السلطان بزمان او مكان او حادثة او شخص تخصص انظر المادة ١٨٠١

- وذلك لان ولاية القاضي انما هي مستفادة من السلطان فلا ينفذ قضاؤه فيما منعه عنه كما في الخيرية عن فتح القدير - والحكم اليوم على ما حررته المجلة من مذهب الامام ابي حنيفة فلا يعدوه فان لم يوجد نص في حادثة ما فعلى القاضي ان يراجع اصح الاقوال المفتى بها في المذهب المشار اليه

المادة ١٧٨٥ — الحاكم هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لاجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقا لاحكامها المشروعة

[ الحاكم هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان ]

استفيد ان السلطان اذا رأى الدعوى بين المتخاصمين وحكم بها موافقا لاصولها المشروعة صح بالاولى لان القاضي وكيل عنه — وقوله لاجل فصل وحسم الخ احتراز عن المولى لا لفصل الدعاوي كالولاة والمتصرفين مثلاً فهولاء لاتصح توليتهم ولا حكمهم لعدم اذن السلطان لهم — وقوله لاحكامها المشروعة لان الحكم اذا لم يوافق الشرع يكون حكما بخلاف الحق وهو جور — وهو اما عن خطا او عمد وكل على وجهين اما في حقه تعالى او حق العبد فالخطا في حق العبد اما ان يمكن فيه التدارك والرد اولا فان امكن بان قضى بمال او صدقة او طلاق او اعتاق ثم ظهر ان الشهود عبيد مثلا او محدودون في قذف يبطل القضاء ويرد العبد رقيقا والمرأة الى زوجها والمال الى من اخذ منه — وان لم يمكن الرد بان قضى بالقصاص واقتص لا يقتل المقضى له ويصير صورة القضاء شبهة مانعة بل تجب الدية في مال المقضى له — وهذا كله اذا ظهر خطأ القاضي بالبينة او باقرار المقضى له فلو باقرار القاضي لا يظهر في حق المقضى له حتى لا يبطل القضاء في حقه — واما الخطا في حق الله تعالى بان قضى بحد زنى او سرقة او شرب واستوفى الحد ثم ظهر ان الشهود كما مر فالضمان في بيت المال وان كان القضاء بالجور عن عمد واقر به فالضمان في ماله في الوجوه كلها بالجناية والاتلاف ويعزل القاضي عن القضاء رد محتار ط

ج—٦

المادة ١٧٨٦ - الحكم هو عبارة عن قطع الحاكم المخاصمة وحسمه اياها وهو على قسمين القسم الاول هــو لزام الحاكم المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله حكمت او اعطه الشيء الذي ادعى عليك ويقال لهـذا قضاء الالزام وقضاء الاستحقاق والقسم الثاني هو منع الحاكم المدعي عن المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق او انت ممنوع عن المنازعة ويقال لهذا قضاء الترك

الحكم قــد ياتي لغة للمنع ومنه سميت الحكومة لرد الظالم عن الظلم وسمي الحاكم لذلك . ويقال احكمه احكاما وحكمه تحكيما منعه نقل الازهري حكم اليتيم كما تحكم ولدك اي امنعه من الفســاد واصلحه كما تصلح ولدك وفي عرف الفقهاء

[ هو عبارة عن قطع الحاكم المخاصمة وحسمه اياها ]

فان المدعي اذا اثبت دعواه لدى القاضي بوجهها الشرعي وتبين ان المدعى عليه مانع حقه يمنعه القاضي عن تمرده في عدم الحق ويوصله الى مدعيه ( وهو ) اي الحكم يكون قوليا وفعليا فالقولي [ على قسمين ] القسم الاول هو الزام الحاكم المحكوم به

على المحكوم عليه بكلام

يتلفظ به [ كقوله حكمت ] او قضيت وهــذان اللفظان ليسا بشرط

لتحقق القضاء فلو قال اعط الشيء الذي ادعى به عليك او قال بعد اقامة البينة للمدعى عليه احلف او اطلب الذهب منه وكذا اذا قال ظهر عندي او صح عندي او علمت فهذا كله حكم في المختار -

واما قوله ثبت عندي فاختلف فيه صحح في البزازية والخانية انه حكم . والتحقيق انه لاخلاف فمن قال انه ليس بحكم اراد به اذا لم يكن بعد تقدم دعوى صحيحة ومن قال انه حكم اراد اذا كان بعد الدعوى ( بحر ملخصا ) وفي الفصولين قوله ثبت عندي حكم لكن الاولى ان يبين ان الثبوت بالبينة او بالاقرار اذ الحكم ببينة يخالف الحكم باقرار -

ثم قال في البحر اعلم ان الثبوت ليس بحكم اتفاقا في مواضع ظفرت بها منها ثبوت ملك البائع للعين المبيعة عند البيع وهو المسمى ببينة الجريان وقد ذكره ابن وهبان في شرح قوله في المنظومة (ويدخل شرب الارض من دون ذكره ) قال اذا شهد الشهود بملكية ارض لانسان على ما هو المعتاد في كتب التبايع في بلادنا انه يقيم المشتري والبائع بينته بان البائع لم يزل حائزا مالكا لجميع الارض وكذلك في الموقوف من اجل صحة البيع او الوقف او غيرهما اى فقول القاضي ثبت عندي ان البائع او الواقف كان مالكا للارض المبيعة او الموقوفة لا يكون قضاء بصحة البيع او الوقف - والا لم يقض بالصحة وانما يقضي بموجب ما اقر به كما في فتاوي قارى الهداية -

ومنها ما ذكره ابن الفرس من قولهم لاتصح الدعوى في العقار حتى يثبت المدعي ان المدعى عليه واضع يده عليه وهذا الثبوت ليس بحكم قطعا اي بالملكية للمدعي -

ومنها قول الموثق وثبت عنده ان العين بصفة الاستبدال شرعا -

ومنها قولهم في خيار العيب لابد ان يثبت المشتري قيام العيب للحال لتوجه الخصومة الى البائع فانه ثبوت مجرد لا حكم

ومنها قولهم انه ثبت ان لا مال للصغير سوى عقاره عند بيع عقاره

فقوله هذا لا يكون حكما ببيع عقاره ( ويقال لهذا ) القضاء القولي ( قضاء الالزام ) . وجه التسمية ظاهر لان فيه الزام المدعى عليه بشيء وهو تسليم العين التي يدعيها خصمه ان كان ما ادعاه عينا فاثبتها بالبينة او بنكول المدعى عليه عن اليمين او بدفع الدين الذي يدعيه المدعى بعد تحققه على الوجه المشروح فيقول القاضي الزمتك او قضيت عليك بكذا او علمت من اقرارك او بينة خصمك ان هذه العين التي بيدك له ، اوان له في ذمتك كذا دينا – والاصل فيه ان تظهر حجة المدعي في اثبات فيكون محقا في دعواه ( حموي ) بخلاف ما لو قال في رأيي او ظني انه كذا من كل لفظ يفيد الشك فانه لا يفيد الحكم ( خانية ) ( و ) يقال له ايضا [ قضاء الاستحقاق ] وقضاء الملك لانه يفيد ان المدعي قد استحق ما يدعيه بالملكية

واعلم ان هذا النوع المسمى بقضاء الاستحقاق والالزام ان كان المدعي محقا فيه ينفذ قضاء القاضي ظاهرا بثبوت التمكين والنفقة وغير ذلك وباطنا بمعنى ثبوت الحل عند الله تعالى ( عناية ) وان كان غير محق ينفذ ظاهرا فقط فهو حرام على المحكوم له وقضاء القاضي له لا يفيد الحل بالاجماع فلو ادعى حقا في يد رجل كذبا واقام عليه بينة زوراً نقضى القاضي له لا يحل له وطؤها ان كانت جارية ولا لبسه ان كان ثوبا ولا اكله ان كان طعاما والمقضى عليه ذلك ، لان الجارية او الثوب مثلا من الاملاك المرسلة اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا في الجارية او الطعام من غير تعيين بشراء او ارث والقضاء في الاملاك المرسلة لا ينفذ باطنا ، لانه لا يملك القضاء الا بسبب وليس تعيين بعض الاسباب باولى من الآخر فتعذر القضاء بالملك له – وهذا بخلاف العقود والفسوخ اذا كانت الدعوى بسبب معين كنكاح او بيع او طلاق او عتاق . ولقب المسئلة ان القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عند الامام الاعظم وعند محمد وابي يوسف في قوله الاخير ينفذ ظاهرا لا باطنا ورجح في المبسوط قول

الامام الاعظم

مثال العقود ما في العناية ادعى كذبا على امرأة نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطئها وحل للمرأة التمكين منه على قول ابي حنيفة وكذا لو ادعت على رجل فانكر — ومنها اذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان يقول بعتني هذه الجارية او من جهة البائع مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه ، وبالبيع بثمن هو قيمة الجارية او باقل مما يتغابن فيه الناس اولا عند بعض المشايخ ، لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصدا والانشاء هنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة — قال في الفتح وثبوته على هذا الوجه يكون ضمنيا ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها اذا كانت قصديات . وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بمحضر من الشهود ، لانه شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي عند القضاء بشهادة الزور يصير منشئا وانما يصير منشأ فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع — ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها — ومنها ما اذا ادعت على زوجها كذبا انه طلقها ثلاثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان احد الشاهدين او لم يعلم بذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك — واما الزوج الاول فلا يحل له على قول ابي يوسف الاخير وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه

ثم ان نفاذه ظاهرا وباطنا في العقود انما هو اذا كان المحل قابلا حتى يملك القاضي انشاءه بخلاف ما اذا كانت مثلا محرمة باسباب بان

كانت معتدة الغير او مطلقة ثلاثا فادعى انه تزوجها بعد زوج آخر ونحو ذلك لان هناك ليس للقاضي ولاية الانشاء الا ترى انه لو انشأ صريحا لا يصح — ولهذا اجمعوا على انه لو ادعى نكاح امرأة وهي تنكر وتقول انا اخته من الرضاع او انا في عدة من زوج آخر فشهد بالنكاح شاهدان وقضى القاضي بشهادتهما والمرأة تعلم انها كما اخبرت لا يحل لها التمكين اه بدائع وفتح وعناية . والحاصل ان القاضي له ولاية الانشاء في العقود والفسوخ في الجملة الا ترى انه يزوج صغيرة لاولي لها ويفسخ عقدا فاسداً ويبيع مال الغير عند الايجاب بخلاف الاملاك المرسلة فليس له ولاية الانشاء في ذلك.

واعلم ان الارث حكمه حكم الاملاك المطلقة فلا ينفذ القضاء بالشهود زورا فيه باطنا اتفاقا ( بحر ) [ والقسم الثاني ] من القضاء القولي

## [ هو منع الحاكم المدعي عن المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق المنازعة او انت ممنوع عن المنازعة ويقال لهذا قضاء ترك

وهذا في كل دعوى عجز المدعي عن اثبات مدعاه عينا كان او دينا فمنعه الحاكم عن معارضة خصمه في دعوى الدين ومع ترك المدعي به في يد المدعى عليه ان كان عينا

والفرق بينهما ان المقضي له قضاء استحقاق ، لا ينقلب مقضيا عليه اصلا في تلك الحادثة وفي قضاء الترك قد ينقلب المقضى عليه بمنع التعرض مقضيا له في تلك الحادثة اذا وجد اثباتا — وايضا المقضى له قضاء استحقاق لا تسمع دعوى شخص ثالث عليه بانه ملكه ما لم يدع تلقي الملك من جهته فتسمع — قال في الانقرويه في نوع في دعوى الشراء والبيع وان ادعيا اي الخارجان الشراء من واحد ولم يؤرخا او ارخا

سواء فهو بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة وان ارخا واحدهما اسبق يقضى لاسبقهما اتفاقا بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ بملك البائعين فتاريخه بملكه لا يعتد به وصارا كانهما حضرا وبرهنا على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما

اما هنا فقد اتفقا على ان الملك كان لهذا الرجل وانما اختلفا في التلقي منه وهذا الرجل اثبت التلقي لنفسه في وقت لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له به ثم لا يقضى به لغيره بعد - الا اذا تلقى منه وهو لايتلقى منه اه والشاهد هنا - واما الحكم اذا كان فعليا فلا تشترط فيه الدعوى بخلاف القولي - فلو باع القاضي ما وقفه المريض في مرض موته بعد موته لغرمائه ثم ظهر مال اخر للميت لم يبطل البيع ويشترى بالثمن ارضا توقف بخلاف الوارث اذا باع الثلثين عند عدم الاجازة فانه لا يشترى بقيمة الثلثين ارضا توقف لان فعل القاضي حكم بخلاف غيره ( اشباه عن الظهيرية من الوقف )

واستثني من ذلك مسئلة عن الفصولين وهي اذا اعطى فقيرا من وقف الفقراء فانه ليس بحكم حتى كان له ان يعطي غيره

وذكر في رد المحتار عن البحر ان فعل القاضي على وجهين الاول مالا يكون موضعا للحكم كما لو اذنته مكلفة بتزويجها فزوجها فانه وكيل عنها ففعله ليس بحكم . الثاني ما يكون محلا للحكم كتزويج صغيرة لاولي لها وشرائه وبيعه مال اليتيم وقسمة العقار ونحو ذلك لجزم في التجنيس بانه حكم وكذا تزويجه اليتيمة من ابنه - ورده في نكاح الفتح بان الاوجه انه ليس بحكم لانتفاء شرطه اي من الدعوى الصحيحة وبان الحاقه بالوكيل يكفي للمنع يعني ان الوكيل بالنكاح لا يملك التزويج من ابنه فالقاضي بمنزلته فينفي ذلك من كونه حكما - وعلى هذا فقولهم شراء القاضي مال اليتيم او شيئا من الغنيمة لنفسه لا يجوز لانه حكم لنفسه ، خلاف الاوجه ، لان الحاقه بالوكيل للمنع مغن عن كونه حكما لان شراء الوكيل لنفسه باطل لكن كثر في كلامهم كون فعله حكما فالاولى ان

يقال تصحيحا لكلامهم ان الحكم القولي يحتاج الى الدعوى والفعلي لا -كالقضاء الضمني لايحتاج اليها وانما يحتاجها القصدي ويدخل الضمني تبعا .

هذا وخلاصة ما استفيد من كلام محمد في الاصل ان فعل القاضي حكم لفرع ذكره وهو لو طلب الورثة القسمة للعقار وفيهم غائب او صغير قال الامام لا اقسم ما لم يبرهنوا على الموت والمواريث ولا اقضي على ، الغائب والصغير بقولهم لان قسمة القاضي قضاء اي والقضاء على الغائب لايجوز وقالا يقسم فتعليل عدم القسمة بانه يلزم الحكم على الغائب يفيد ان فعل القاضي حكم اذ لا امكان لا لحاقه بالوكيل في المنع من القسمة فتعين الرجوع الى الحق وتعين التوفيق بما ذكر من ان القضاء الفعلي لا يحتاج الى الدعوى كالضمني بخلاف القولي القصدي وبه اندفع ما مر عن الفتح من قوله لانتفاء شرطه واندفع قول ابن الغرس ان الصواب ان الفعل لايكون حكما

## ﴿ تتمة ﴾

قال في الاشباه القضاء الضمني لا تشترط له الدعوى والخصومة فاذا شهدا على خصم بحق وذكر اسمه واسم ابيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وان لم يكن في حادثة النسب اه اي اذا كان المشهود عليه غير مشار اليه فلو مشاراً اليه لا يثبت نسبه كما اوضحه الحموي ثم قال وعلى هذا لو شهدا بان فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلانا في كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما وهي حادثة الفتوى ولها فروع اخر مذكورة في رد المحتار

المادة ١٧٨٧ – المحكوم به هو الشيء الذي الزمه الحاكم على المحكوم عليه وهو ايفاء المحكوم عليه حق المدعي في قضاء

( المحكوم به ) سواء كان حق الله تعالى المحض كحد الزنى والخمر او حق العبد وهو ظاهر او ما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف والسرقة او غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير

[ هو الشيء الذي الزمه الحاكم على المحكوم عليه ]

( و ) ذلك الشيء [ هو ايفاء المحكوم عليه حق المدعي في قضاء الالزام ]

اعلم ان كلمة الالزام معناها في الاصل الزام القاضي المدعى عليه في ايفاء ما ثبت عليه شرعاً لخصمه سواء كان عن بينة او اقرار لكن ارباب الصكوك يستعملونه في الحكم الذي يكون عن اقرار المدعى عليه والمراد به في المادة المعنى الاول المقابل لقضاء الترك — ثم لا بد ان يكون المحكوم به معلوما لانه هو المدعي به وشرط كونه معلوما كما مر في المادة ( ١٦١٩ )

## ( وترك المدعي المنازعة في قضاء الترك )

اي حكم القاضي في هذه الصورة هو امر للمدعي بان لا يتعرض للمدعي عليه لعجزه عن الاثبات

## المادة ١٧٨٨ — المحكوم عليه هو الذي حكم عليه

اي من طرف الحاكم او المحكم والمحكوم عليه دائما العبد لكنه

اما متعين واحــدا كان او اكثر كجماعة اشتركو في قتل فقضي عليهم بالقصاص وكعشرة اشتركوا في غصب مال فحكم عليهم بعد الدعوى والثبوت — وكــذا الحكم في حــق من الحقوق المجردة قد يكون المحكوم عليه واحداً او متعددا فلو ادعى شخص على عشرة اشخاص ان له حق المرور في طريق خاص لهم وثبت ذلك ببينه او بنكولهم يحكم عليهم جميعا او المحكوم عليه غير متعين كما في القضاء بالحرية الاصلية فانــه حكم على كافة الناس سواء كان ببينته او بقوله انا حر الاصل اذا لم يسبق منه اقرار بالرق . وصورته ادعى انه عبده فقال المدعى عليه انا حر الاصل ولم يسبق منه اقرار بالرق وعجز المدعي عن البينة حكم القاضي بالحرية الاصلية وكان حكمه بها حكما على العامة اي فلا تسمع دعوى احــد بعد الحكم ( رد محتار عن ح ) بخلاف الحرية العارضة بعتق ونحوه فعلى الكافة من وقت التاريخ اي تاريخ العتق مثلا قال زيد لبكر انك عبدي ملكتك منذ خمسة اعوام فقال بكر اني عبد بشر ملكني منذ ستة اعوام فاعتقني وبرهن عليه اندفع دعوى زيد — ثم اذا قال عمرو لبكر انك عبدي ملكتك منذ سبعة اعوام وانت ملكي الان فبرهن عليه تقبل ويفسخ الحكم بحريته ويجعل ملكا لعمرو ( درر ) واما القضاء بالوقف فالاصح انه ليس كالحرية فتسمع دعوى ملك آخر او وقف آخر

## المادة ١٧٨٩ — المحكوم له هو الذي حكم له

المحكوم له هو الشرع في حقوقه المحضة او التي غلب فيها حقه ولا حاجة في ذلك الى الدعوى وتسمع الشهادة فيها بلا دعوى — بخلاف ما تمحض فيها حق العبد او غلب فلا بد فيها من الدعوى والمدعي حينئذ هو العبد والشرط فيه بالاجماع حضرته او حضرة نائب عنه كوكيل اوولي او وصي ويشترط ان تكون دعواه صحيحة وان يكون ممن تقبل شهادة

القاضي له . واما طلبه الحكم من القاضي بعد وجود الشرائط فليس بشرط ( ط ورد محتار )

المادة ١٧٩٠ - التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة

( التحكيم ) لغة تفويض الانسان الحكم الى غيره قال في المصباح حكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم اليه وفي الصحاح حكمته في مالي اذ جعلت اليه الحكم فيه - افادت عبارة المصباح ان التحكيم لا يدل على انه لغة خاص بالمال وفي الشرع

## هو عبارة عن اتخاذ الخصمين

اي الفريقين المتخاصمين المدعي والمدعى عليه سواء كان كل منهما واحدا او متعددا او احدهما واحدا والاخر متعددا [ حاكما ] بشرط فيه ان يكون اهلا للقضاء. فلا يصح تحكيم عبد وصبي وصح تحكيم المرأة والفاسق لصلاحيتهما للقضاء. والاولى ان لا يحكما فاسقا ( بحر ) ويشترط وجود الاهلية من وقت التحكيم الى وقت الحكم . فلو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ ثم حكم ، لاينفذ كما هو الحكم فيمن قلده الامام القضاء - وبثبوته بالسنة كما رواه النسائي قال ابو شريح يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما احسن هذا وروى انه كان بين عمر وابي ابن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد ابن ثابت فاتياه

فخرج زيد فقال هلا بعثت الي يا امير المؤمنين فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فالقى لعمر وسادة فقال عمر هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو اعفيت امير المؤمنين فقال عمر يمين لزمتني فقال ابي نعفي امير المؤمنين ونصدقه – وليعلم انه لا يظن باحد منهما في هذه التلبيس وانما هي لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما الى الحكم للتبيين لا للتلبيس ·

## برضاهما لفصل خصومتهما

اي لا بد من رضاء الطرفين من وقت التحكيم الى وقت الحكم فلو لم يرض احدهما واراد عزله قبل الحكم ، له ذلك ففي التنوير وينفرد احدهما بنقضه اي التحكيم بعد وقوعه فان حكم لزمهما ولا يبطل حكمه بعزلهما بعد الحكم لصدوره من ولاية شرعية فلا يبطل حكمه بعزلهما – وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الاخر فلو حكما رجلا فلم يقبل لا يجوز حكمه الا بتجديد التحكيم [ ويقال لذلك حكم ] بفتحتين يقال حكموه اذ جعلوه حكما

## [ ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة ]

اسم مفعول حكم بتشديد الكاف

## ﴿ تتمة ﴾

المحكم اذا رفع الى القاضي فوافق مذهبه ، امضاه وفائدة هذا الامضاء ان لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه وان خالفه ، ابطله اي لم يمضه

وهو المراد بإبطاله لانه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضي اذا خالف رأيه لكن في زماننا لما كان الكل مأموراً من قبل السلطان بالحكم على اصح الاقوال او ارفقها المختارة في المجلة من مذهب الامام ابي حنيفة رحمه الله تعالى فينظر للحكم هل هو موافق لها ام لا لا لرأي القاضي - ولو حكما رجلين فلا بد من اجتماعهما على المحكوم به فلو حكم احدهما او اختلفا لم يجز ( تنوير ) وعد في البحر سبع عشرة مسئلة يخالف فيها حكم المحكم حكم القاضي

الاولى كما في العناية حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لاولاية له عليهم اذ لاتحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه خالف رايه وخالف النص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله

الثانية انه لا بد من تراضيهما على كونه حكما بينهما بخلاف القاضي

الثالثة لايجوز تعليقه واضافته عند ابي يوسف بخلاف القضاء ولو حكماه على ان يستفتي فلانا ثم يقضي بينهما بما قال جاز كالقضاء ولو حكماه على ان يحكم بينهما في يومه او في مجلسه توقت

الرابعة لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص كذا في البحر وذكر في العناية ان الحدود الواجبة حقا لله تعالى لا يجوز التحكيم فيها باتفاق الروايات ، لان الامام هو المتعين لاستيفائها واما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ قال شمس الائمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف - وجهه ان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكان فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفي الشبهات

الخامسة لا يفتي المفتي بجواز التحكيم في فسخ اليمين المضافة بخلاف القضاء به قال في الفتح وفي الفتاوي الصغرى حكم المحكم

في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا نفتي به وفي العناية ما خلاصته قالوا وتخصيص الحدود والقصاص في عدم جوازه يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات لكن لا يفتى بـه كي لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا

السادسة ان حكمه لا يتعدى الى الغائب لو كان ما يدعي عليه سببا لما يدعي على الحاضر كما في قضاء التنوير ولها صور كثيرة تبلغ تسعا وعشرين مبسوطة في رد المحتار منهـا ادعى شيئا في يد رجل انه اشتراه من فلان واقام بينته يقضى له بالملك وبانه اشترى من فلان حتى لو حضر فلان وجحد البيع لا يلتفت اليه ولا يحتاج الى اعـادة البينة لسريان الحكم على الغائب ولو كان الحكم صادرا من محكم لا بد من اقامة البينة لان حكمه لا يتعدى الى الغائب

السابعة كتاب المحكم الى القاضي لا يجوز كما لا يجوز كتاب القاضي اليه

الثامنة لا يحكم المحكم بكتاب قاض الا اذا رضي الخصمان

التاسعة المحكم اذا ارتد والعياذ بالله تعالى انعزل فاذا اسلم فلا بد من تحكيم جديد بخلاف القاضي

العاشرة لو رد المحكم الشهادة بتهمة ثم اختصما الى آخر او قاض فزكيت البينة يقضى لان المحكم لم يكن قاضيا في حق غير الخصمين ولم يتصل بهذه الشهادة رد قاض من قضاة المسلمين انمـا اتصل بها رد واحد من الرعايا فكان للقاضي ابطال هذا الرد بخلاف ما لو رد قاض شهادته لتهمة لا يقبلها قاض آخر لان القضاء بالرد نفذ على الكافة

الحادي عشر ملخص ما في شرح التلخيص الحكم على احد الورثة بدين على الميت لا يتعدى الى الباقي والميت لعدم رضاهـم بتحكيمه بخلاف حكم القاضي

الثاني عشرة لا يتعدى حكمه بالعيب من المشتري عـلى بائعه الا برضى بايع بايعه

. الثالث عشرة لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب برد المبيع الى موكله وهما في فتح القدير — يقول الفقير هذه الثلاث الاخيرة يغني عنها قولهم ان حكمه لا يتعدى الى الغائب لو كان ما يدعي عليه سببا لما يدعي على الحاضر لا محالة كما تقدم في المسئلة السادسة

الرابع عشرة لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر عليه وان كان فيه نفع للصغير يصح حكمه بخلاف القاضي اه

ثم اعلم ان حكم المحكم لا يتعدى الى غير المحكوم عليه الا في مسئلة لو حكم احد الشريكين وغريم له رجلا فحكم بينهما والزم الشريك شيئا من الملك المشترك نفذ حكمه على الشريك وتعدى الى الغائب لان حكمه بمنزلة الصلح في حق الشريك الغائب والصلح من صنيع التجار فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح وما في معناه —

الخامس عشرة لا يتقيد ببلد التحكيم وله الحكم في البلاد كلها

السادس عشرة مما خالف فيه المحكم القاضي لو اختلف الشاهدان فشهد احدهما انه وكله بخصومة فلان الى قاضي الكوفة والاخر الى قاضي البصرة، تقبل ، ولو شهد احدهما بذلك الى المحكم الفقيه فلان وشهد الاخر به الى الفقيه فلان آخر لم تقبل . والفرق ما في حاشية البحر ان الوكيل بالخصومة الى قاضي الكوفة يكون وكيلا بها الى قاضي البصرة وكذا العكس لان المطلوب نفس القضاء ولا يختلف والتقييد انما يراعي اذا كان مفيدا وحكم الحكم توسط والمتوسطون يختلفون في ذلك لا ختلاف الذكاء والذهن فالرضاء بكون احدهما حكما لكونه عالما بحقيقة الحال لا يكون رضي بالآخر فقد تفرد كل واحد من الشاهدين بما شهد به

المادة ١٧٩١ — الوكيل المسخر هو الوكيل المنصوب

من قبل الحاكم للمدعى عليه الذي لم يحضر برضاه ولم يمكن احضاره جبرا للمحكمة

فالوكيل المسخر من ينصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه وانما يجوز ذلك فيما لو اختفى في بيته بعد ما نادى امين القاضي على باب داره اياما — لكن في زماننا هذا كان اولا يبلغ بواسطة ثلاث اوراق دعوتية ثلاث مرات ثم اكتفى بتبليغه مرة واحدة وهذا التوقيت في غير مواضع الضرورة التي تفوت بارسال اوراق الدعوتية وسيأتي لهذا مزيد ايضاح في مسائل الحكم على الغائب في شرح المادة ١٨٣٤ انشاء الله تعالى

ح-٦

# الباب الاول

## في الحكام ويحتوي على اربعة فصول

# الفصل الاول

### - في بيان اوصاف الحاكم -

---

المادة ١٧٩٢ - ينبغي ان يكون الحاكم حكيما فهيما مستقيما وامينا مكينا متينا

في الهندية والبحر وغيرهما القضاء من اهم امور المسلمين فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على مايصيبه من الناس كان اولى وينبغي للسلطان ان يتفحص في ذلك ويولي من هو اولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين ( بحر ) ولهذا قالت المجلة

( ينبغي ان يكون الحاكم حكيما )

صفة مشبهة من حكم الرجل بضم الكاف مثل حلم صار حكيما . والحكمة تاتي بمعنى الفهم والعلم والفقه ومنه ( آتيناه الحكم صبيا ) . وتاتي بمعنى الاصابة في القول والعمل ويدخل في ذلك العدل - وهذه الخصال

لا تكون الا لارباب العقول الخالصة عن شوائب الوهم المتباعـدة عن متابعة الهوى . ولا مـانع من ان يراد بالحكمة هنا تلك المعاني كلها وهي تنشأ عن العقل والعقل له مراتب اربع

الاولى الاستعداد المحض ويسمى العقل الهيولاني وهو قوة خالية عن الفعل كما للاطفال فان لهم حال الطفولية وابتداء الخلقة استعدادا محضا ليس معه ادراك .

المرتبة الثانية العقل بالملكة وهو العلم بالضروريات واستعداد النفس بذلك لاكتساب النظريات وهي ارقى

المرتبة الثالثة العقل بالفعل وهـو ملكة استنباط النظريات من الضروريات بحيث متى شاء استحضر الضروريات ولاحظها واستنتج منها النظريات ولا شك ان هذه المرتبة اعلا مما قبلها

المرتبة الرابعة العقل المستفاد وهو ان يحضر عنده النظريات بحيث لا تغيب عنه - وهل يمكن ذلك ما دام الانسان في جلباب من بدنه فيه تردد اه مواقف - فاذا اطلق لفظ حكيم بمعنى عاقل فالمراد بـه هنا الثانيةوالثالثة .

اذا عرفت هذا فينبغي ان يكون القاضي بكمال من العقل فلا يولي الاحمق وهو ناقص العقل قال في المستظرف الحمق ، الخفة غريزة لا تنفع فيها الحيلة وهي داء دوآؤه الموت وفي الحديث الاحمق ابغض الخلق الى الله تعالى اذ حرمه اعز الاشياء عليه وهو العقل ويستدل على صفته من حيث الصورة بطول اللحية لان مخرجها من الدماغ فمن افرط طول لحيته قل دماغه ومن قل دماغه قل عقله ومن قل عقله فهو اخف - واما صفته من حيث الافعال فترك نظره في العواقب وثقته بمن لايعرفه والعجب وكثرة الكلام وسرعة الجواب وكثرة الالتفات والخلو من العلم والعجلة والخفة والسفه والظلم والغفلة والسهو والخيلاء ان استغنى بطر وان افتقر قنط وان قال فحش وان سئل بخل وان سئل الح وان قـال لم يحسن وان قيل لم يفقه وان ضحك قهقه وان بكى صرخ - واذا

اعتبرنا هذه الخصال وجدناها في كثير من الناس فلا يكاد يعرف العاقل من الاحمق . قال سيدنا عيسى عليه السلام عالجت الاكمه والابرص فابرأتهما وعالجت الاحمق فلم يبرأ [ فهما ] في تاج العروس شرح القاموس الفرق بين الفهم والعلم هو ان العلم مطلق الادراك واما الفهم فهو سرعة انتقال النفس من الامور الخارجية الى غيرها . وفي احكام الآمدي الفهم جودة الذهن من جهة تهيئته لاقتناص ما يرد عليه من المطالب ولهذا صرح بقوله فهما ولم يكتف بلفظ حكيم ، وان افاد معنى العلم فينبغي ان يكون سريع الانتقال واعيا دراكا لما يتكلم به المتداعيان فربما يصدر من الخصم ما يعد اقرارا والقاضي لم يفهمه فيضيع حق الاخر ، ولهذا جاء في الرسالة المتقدمة من سيدنا عمر التوصية بقوله ( الفهم الفهم ) ، وان يكون متيقظا كثير التحرز من الحيل وما يتم مثله على المغفل والمتهاون ، وان يكون عالما بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العبارات فان الاحكام تختلف باختلاف العبارات في الدعاوي والاقرار والشهادات وغير ذلك ، وان يكون غير مستكبر عن مشورة من معه من اهل العلم ورعا زكيا مرضي الاحوال لا يخشى في الله لومة لائم عالما بالفقه والآثار ويوجه الفقه الذي يؤخذ منه الحكم الى غير ذلك ورسالة سيدنا عمر المتقدمة في شرح المادة ١٧٨٤ اصل في ذلك كله [ مستقيما ] يقال لغة قوم العود واقامه فقام واستقام ثم استعمل مجازا فيمن استقام في افعاله متوجها الى الله تعالى قال الله تعالى ( فاستقيموا اليه واستغفروه ) اي استقيموا في افعالكم متوجهين اليه تعالى بالتوحيد والاخلاص لا رياء لاجل الشهرة – وهذا مؤدي ما في آخر الرسالة المشار اليها ( فانه من يصلح بينه وبين الله تعالى الخ ) ، [ وامينا ] يتقي الله تعالى ويقضي بالحق ولا يقضي لهوى يضله ولا لرغبة تغيره ولا لرهبة تزجره . وينبغي ان يكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف ( تبيين ) . فلو كان شديدا مع العنف كان فظا غليظا ولا ينبغي ان يكون كذلك وامينا اي مؤمنا على كل شيء . فلو قاد وهو

عدل ففسق لاينعزل بل يبقى حكمه نافذا لكنه يستحق العزل الا ان يكون عزله مشروطا بذلك ( بحر وغيره ) وهذا ظاهر المذهب كما في الهداية [ مكينا ] اي عظيم المنزلة من مكن فلان عند السلطان مكانة عظم عنده فلا ينبغي ان يكون من اسافل الناس ( متينا ) من متن متانة بمعنى قوي وصلب . ويقال في مجازه رأي متين وشعر متين وفي رأيه متانة وهذا هو المراد هنا لا المتانة بمعنى القوة الجسمية والتعبير بلفظ ينبغي في هذه المادة وما بعدها يفيد انه لو قلد السلطان محاباة من ليس اهلا للقضاء جاز وتنفذ حكمه ان وافق الشرع لكن المسئولية عند الله تعالى عليه وعلى من قلده قال سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه ما من امير امر اميرا او استقضى قاضيا محاباة الا كان عليه نصف ما اكتسب من الاثم وان استقضاه نصيحة للمسلمين ، كان شريكه فيما عمل من طاعة الله تعالى ولم يكن عليه شيء مما عمل من معصية الله تعالى

المادة ١٧٩٣ — ينبغي ان يكون الحاكم واقفا على المسائل الفقهية وعلى اصول المحاكمة ومقتدرا على فصل وحسم الدعاوي الواقعة تطبيقا لهما

[ ينبغي ان يكون الحاكم واقفا على المسائل الفقهية ]

استفيد من قوله ينبغي دون يلزم او يجب ، صحة تقليد الجاهل فيستفتي من غيره وينفذ حكمه اذا وافق الشرع وان كان الوبال على من قلده في القول الاصح عندنا خلافا للشافعي . والمراد بالمسائل الفقهية هنا الفروع المأخوذة من الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس كما سلف تحقيقه في المادة الاولى اول الكتاب لان علم الفقه لا يطلق الا على العلم الخاص بالدين الاسلامي وهو شامل للملكة وقوة الاستنباط من

تلك الاركان الاربعة وللعلم بالمسائل الفروعية المستنبطة منها . والمعنى الاول خاص بالمجتهد اعني العلم بالمعاني التي تعلقت بها الاحكام من كتاب وسنة واجماع ومقتضياتها واشاراتها — ولما كانت شروط الاجتهاد متعسرة في زماننا اذ من شروطه الوقوف على مواقع الاجماع فيلزمه معرفتها كما يلزمه معرفة النصوص ومعرفة الناسخ من المنسوخ كي لا يحكم بخلافها ، انحصر المراد بالمعنى الثاني فباب الاجتهاد في زماننا منسد لا مسدود بل الفقيه الماهر المتضلع في فروع مسائل الاجتهاد اندر من الكبريت الاحمر في هذا العصر فلا حول ولا قوة الا بالله ( اذا لم تكن الا الاسنة مركبا فليس على المضطر الا ركوبها ) راجع ما تقدم في شرح المادة . وبحث الاجتهاد في كتب الاصول ( و ) ينبغي ايضا

# ان يكون واقفا على اصول المحاكمة

الظاهر ان المراد باصول المحاكمة مقدمات الحكم نحو ارسال اوراق الدعوتية للمدعى عليه طبق الاصول الموضوعة مثلا والنظر في كيفية التبلغ والتبليغ وتشكيل الطرفين ومعرفة من يكون خصما ومن لا يكون واعطاء كل ذي كلام حقه من الكلام والمنع عن التجاوز الى فضول الكلام ورعاية المدة المضروبة لقبول الاعتراض على الحكم اذا كان غيابيا ومتى يسوغ له اصدار الحكم الغيابي وفي سماع البينات وفي التحليف ورعاية احكامه ورعاية اصول الكشف على المتنازع فيه اذا مست الحاجة وغير ذلك من الاحوال التي توجب نقض الحكم اذا لم تكن على اصولها فيتضرر صاحب الحق بالتأخير دون الوصول الى حقه

ثم ان معرفة المسائل الفقهية فن وتطبيق حادثات الدعاوي عليها فن آخر فليس كل واقف على الفروع الفقهية مقتدرا في تطبيق حادثة الدعوى عليها فربما يلتبس عليه الشريك بالاجير مثلا ويد الامانة بيد الضمان بل

قد يلتبس عليه المدعي بالمدعى عليه - في الفتاوي الكاملية قال رجل لابي حنيفة اني حلفت لا اكلم امراتي حتى تكلمني وحلفت هي بصدقة ما تملك ان لا تكلمني حتى اكلمها فتحير الفقهاء فيه فقال سفيان من كلم صاحبه حنث فقال ابو حنيفة اذهب وكلمها ولا حنث عليكما فذهب الى سفيان واخبره بما قال ابو حنيفة فذهب ابو سفيان لابي حنيفة مغضبا وقال تبيح الفروج فقال ابو حنيفة وما ذاك قال سفيان اعيدوا على ابي حنيفة السوآل فاعادوه واعاد ابو حنيفة الفتوى فقال من اين قلت قال لما شافهته باليمين بعد ما حلفت كانت مكلمة فسقطت يمينه وان كلمها فلا حنث عليه ولا عليها لانه قد كلمها بعد اليمين فسقطت اليمين عنها قال سفيان انه ليكشف لك من العلم عن شيء كلنا عنه غافل

[ ومقتدرا على فصل وحسم الدعاوي الواقعة تطبيقا لهما ]

بضمير المثنى راجع الى المسائل الفقهية واصول المحاكمة وهو اولى مما في بعض النسخ تطبيقا لها بافراد الضمير

ولا يخفى ان المسائل الفقهية واصول المحاكمة مطبق عليها، لانها الاصل في ان يطبق عليها العمل في حادثات الدعاوي فالاصوب ان يقال تطبيقا عليها يؤيده ان الاصل وهي العبارة التركية هكذا ( ودعاوني واقعه يي ) باداة المفعول به ( انلره تطبيقا فصل وحسم او لميدر ولعل القصور نشأ من الترجمة

المادة ١٧٩٤ - يلزم ان يكون الحاكم مقتدرا على التمييز التام بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والاعمى والاصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي

٦—2·

اعلم انه لا يكون اهلا للقضاء الا من هو اهل للشهادة قال في الدر لان كلا منهما من باب الولاية . والشهادة اقوى لانها ملزمة على القاضي والقاضي ملزم على الخصم ومن لا تصح شهادته لا يصح قضاؤه فلذا قيل حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة فالعدو لا تقبل شهادته على عدوه اذا كانت دنيوية فلا ينفذ قضاؤه عليه ثم انما تثبت العداوة بنحو قذف وجرح وقتل ولي لا بمخاصمة نعم هي تمنع الشهادة فيما وقعت فيه المخاصمة تنوير ودر مختار وغيرهما ولذا قال

[ يلزم ان يكون الحاكم مقتدرا على التمييز التام ]

بعقله وبصره وسمعه لان فاقد هذه القوى لا تصح شهادته فلا يصلح ان يكون قاضيا

## بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير المعتوه

والعبد والاخرس

[ والاعمى والاصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي ]

بخلاف الاطرش وهو من يسمع الصوت القوي فالاصح الصحة در مختار .
وفي رد المحتار وينبغي ان يكون الحكم كذلك في المفتي فان قلت يفرق بينهما بان المفتي يقرأ صورة الافتاء ويكتب جوابه فلا يحتاج الى السماع قلت الظاهر من كلامهم عدم الاكتفاء بهذا في القاضي مع انه يمكن ان يكتب له جواب الخصمين فكذا في المفتي ويمكن الفرق

بان القضاء لا بد له من صيغة مخصوصة بعد دعوى صحيحة فيحتاط فيه - بخلاف الافتاء فانه افادة الحكم الشرعي ولو بالاشارة فلا يشترط فيه السماع اه منح ملخصا واستدرك عليه في رد المحتار بقوله قلت لا شك انه اذا كتب له واجاب عنه جاز العمل بفتواه واما اذا كان منصوبا للفتوى يأتيه عامة الناس من نساء واعراب وغيرهم فلا بد ان يكون صحيح السمع لانه لا يمكن كل سائل ان يكتب له سوآله وقد يحضر اليه الخصمان ويتكلم احدهما بما فيه الحق عليه لا له والمفتي لم يسمع ذلك منه فيفتيه على ما سمع من بعض كلامه فيضيع حق خصمه فلا ينبغي التردد في انه لا يصلح ان يكون مفتيا عاما ينتظر القاضي جوابه ليحكم به فان ضرر مثل هذا اعظم من نفعه - ثم ان القضاء المقرون باداة السلب هنا يجوز ان يراد به المعنيان الحاكمية والحكم راجع المادة ١٧٨٤ . فعلى هذا لو تقلد احد القضاء وحكم مدة ثم تبين انه عبد او محدود في قذف او معتوه مثلا ، لا تصح حاكميته ولا تكون احكامه صحيحة لعدم قبول شهادتهم راجع المادة ١٦٨٦ . وفي الفتح لو قلد عبد فعتق جاز تقليده بتلك الولاية بلا حاجة الى تجديد - بخلاف تولية صبي فادرك او مجنون فافاق لابد من تجديد ولايتها لان العبد من اهل الولاية في الجملة بخلاف الصبي والمجنون . ولو طرأ عليه العمى او الصمم او الجنون بعد ان تقلد القضاء لا ينعزل بل يستحق العزل فلو زالت عنه هذه العوارض ثم حكم نفذ حكمه لان هذا العارض مانع وقد زال واذا زال المانع عاد الممنوع راجع المادة ٢٤

واما العدالة فليست شرطا للقضاء فالفاسق اهل للقضاء فلو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا واثم - ولو كان القاضي عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله تعالى . وفصل بعض المشايخ فقال اذا قلد الفاسق ابتدأ يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم

يكن راضيا بتقليده دونها ( هداية ) . وفي الفتح اتفقوا في الأمرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لانها مبنية على القهر والغلبة والفاسق لا يصلح مفتيا لان الفتوى من امور الدين والفاسق لا يقبل قوله في الديانات ( در مختار عن ابن ملك ) قال العيني واختاره كثير من المتأخرين وهو قول الائمة الثلاثه وقيل يصلح وبه جزم في الكنز لانه يجتهد حذر نسبة الغلط - وفي الهندية والمفتي لا يشترط ان يكون حرا ولا ذكرا ولا ناطقا لان الافتاء من قبيل الرواية والمفتي كالراوي لا كالشاهد والقاضي ولذا تصح فتواه لمن لا تقبل شهادته له فيصح افتاء الاخرس حيث فهمت اشارته بل الناطق ان قيل له ايجوز هذا فحرك راسه اي نعم ، جاز ان يعمل باشارته وينبغي ان يكون متزها عن خوارم المروءة فقيه النفس سليم الذهن حسن التصرف . وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها واطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالو . ولا بد من ان لا يصرح له بالمنع او يعلم ذلك يعرفهم فان نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون ولو ولى فحكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا أمر عبده على ناحية وامره ان ينصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه

# الفصل الثانى

## - في بيان آداب الحاكم -

الاداب جمع ادب في المصباح يقع على كل رياضة محموده يتخرج بها الانسان في فضيلة ونقل الجو اليقي في شرح ادب الكاتب الادب في اللغة حسن الاخلاق وفعل المكارم واطلاقه على علوم العربيه مولد حدث في الاسلام - يقال ادب الرجل كحسن يأدب ادبا فهو اديب جمعه ادباء ومعتد به ادب يأدب كضرب يضرب والادبة والمأدبة بضم الدال طعام صنع لدعوة او عرس والادب بفتح فسكون مصدر ادبه يادبه دعاه الى طعام والآدب الداعي الى الطعام قال طرفة

( نحن في المشتاة ندعو الجفلى ما ترى الادب فينا ينتقر )

اي يعاب ولما كانت الخصال الحميدة تدعو الى الخير سميت ادبا والآداب هي من الكمالات المحمودة عقلا وشرعا ينبغي ان يتحلى بها كل انسان وهي في قاضي الشرع اجدر لان عيون الناس مصروفة اليه ولذا قال

[ يجتنب الحاكم الافعال والحركات التي تزيل مهابة المجلس ]

اي من كل ما يزيل مهابته فالتوصيف باسم الموصوف يفيد التعميم لان القاعدة ان الشيء اذا وصف بوصف يعم جميع افراده يصير نصا في التعميم نحو [ وما من دابة في الارض ولا طائر يطير بجناحيه ] وهي كثيرة اتى ببعضها على وجه المثال فقال [ كالبيع والشراء ] اذا كان

لنفسه واما لاجل غيره كمال اليتيم والمديون فلا حرج فاذا كان مثل البيع والشراء معدودا فيما يزيل مهابة المجلس فنحو الاكل ورفع الصوت والشتم والبذاءة وفضول الكلام من باب اولى [ والملاطفة ] والمزاح مطلقا ولو في غير المجلس لكنها في المجلس اشين والملاطفة التي هي عبارة عن الانبساط مع الغير بدون ايذاء وان كانت غير ممنوعة شرعا الا ان الاجتناب عنها رعاية للوقار وحشمة المجلس اولى ثم ان المزاح الصادر عن قول حق ولم يكن على سبيل الاستهزاء والسخرية كذلك غير منهي عنه شرعا الا انه ينبغي اجتنابه في حق القاضي للعلة المذكورة وربما الاكثار منه يوءدي الى الايذاء والعداوة وان كان عن سخرية واستهزاء فهو حرام وربما يجر الى الكفر والعياذ بالله تعالى اذا كان عن استخفاف في المسائل الدينية ففي البزازية رجل يجلس على مكان مرتفع اولا يجلس عليه لكن يسئلونه عن مسائل بطريق الاستهزاء ويضربونه بما شاءوا وهم يضحكون ، كفروا ولو جمع الجماعة في موضع ثم قال لجمعناهم جمعا او قال لحشرناهم فلم نغادر منهم احدا كفر وكذا لو قال لغيره والنازعات نزعا او نزعا ، كفر وكذا لو شرب الخمر وقال بسم الله او قال ذلك عند الزنا او عند اكل الحرام المقطوع بحرمته او عند اخذ كعبتين للنرد كفر وينبغي للحاكم ان يجتنب بطانة السوء وليكن ضحكه تبسما ونظره فراسة وتوسما واطراقه تفهما ويجالس الفقهاء ويشاورهم اذا عرضت له مشكلة قال الامام الشافعي رحمه الله تعالى في كتاب الام بسنده قال ابو هريرة رضي الله تعالى عنه ما رأيت احدا اكثر مشاورة لاصحابه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الله عز وجل ( وامرهم شورى بينهم ) قال الشافعي قال الحسن ان كان النبي صلى الله عليه وسلم لغنيا عن مشاورتهم ولكنه اراد ان يستن بذلك الحكام بعده اذا نزل بالحاكم الامر يحتمل وجوها ، او مشكل ينبغي له ان يشاور ولا ينبغي له ان يشاور جاهلا لا معنى لمشاورته ولا عالما غير امين فانه ربما اضل من يشاوره ولكنه يشاور من جمع العلم والامانة وفي المشاورة رضي

الخصم والحجة عليه - واما ما يقضي له من كاتب او اكثر يكون متصفا بالامانة والصلاح والاقتدار في تنظيم الصكوك وخلافها فمذكور في قانون اصول المحاكمات الشرعية

## المادة ١٧٩٦ - الحاكم لا يقبل هدية واحد من الخصمين

الاصل في ذلك ما في البخاري استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد على الصدقة فلما قدم قال لكم هذا وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام هلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى له ام لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة واستعمل عمر ابا هريرة فقدم بمال فقال له من اين لك هذا قال تلاحقت الهدايا قال له عمر هلا قعدت في بيتك فتنظر ايهدى لك ام لا فاخذ ذلك منه وجعله في بيت المال

وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ( رد محتار عن الفتح ) وكان من اجتهاد ابي هريرة حل ذلك - وفي البحر الهدية ليس احترازيا اذ يحرم عليه الاستقراض والاستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما في الخانية قلت ومقتضى هذا انه يحرم عليه سائر التبرعات فتحرم المحابات ايضا ولذا قالوا له اجرة كتابة الصك بقدر اجر المثل فان مفاده انه لا يحل له اخذ الزيادة لانها محاباة وعلى هذا فما يفعله بعضهم من شراء الهدية بشيء يسير او بيع الصك بشيء كثير لا يحل لانه اذا حرم الاستقراض والاستعارة فهذا اولى ولو تأذى المهدي بالرد يعطيه مثل قيمتها ( در مختار ) ولو تعذر الرد لعدم معرفته او بعد مكانه وضعها في بيت المال لترد على صاحبها اذا اظهر فتح ويستثنى من ذلك كما في التنوير وحواشيه اربع الهدية من السلطان او من وال تولى الامر منه او من قريبه المحرم لخرج ابن العم او ممن جرت عادته بذلك بقدر عادته فلو زاد لا تقبل الزيادة الا ان مال المهدي قد زاد فبقدر

ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها ( فتح ) ومع هذا يشترط ان لا يكون لها خصومة فان قبلها بعد انقطاع الخصومة جاز — وفي ط عن الحموي الا ان يكون مما لا تتناهى خصوماته كنظار الاوقاف ومباشريها — ثم هذا في الهدية فالرشوة من باب اولى والفرق بين الهدية والرشوة ان الرشوة ما يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا شرط معها وفي الخانية الرشوة على وجوه اربعة

منها ما هو حرام من الجانبين وذلك في موضعين احدهما اذا تقلد القضاء بالرشوة حرم على القاضي والآخذ وفي صلح المعراج تجوز المصانعة للاوصياء في اموال اليتامى وبه يفتى ثم قال من الرشوة المحرمة على الآخذ دون الدافع ما يأخذه الشاعر

الثاني اذا دفع الرشوة الى القاضي ليقضي له حرم من الجانبين سواء كان القضاء بحق او بغير حق

ومنها ما اذا دفع الرشوة خوفا على نفسه او ماله فهو حرام على الآخذ غير حرام على الدافع فكذا اذا طمع في ماله فرشاه في بعض المال

ومنها اذا دفع الرشوة ليسوي امره عند السلطان حل له الدفع ولا يحل للآخذ فان اراد ان يحل للآخذ يستاجر الاخذ يوما الى الليل بما يريد ان يدفع اليه فانه تصح هذه الاجارة . ثم المستاجر ان شاء استعمله في هذا العمل وان شاء استعمله في غيره — هذا اذا اعطاه الرشوة اولا ليسوي امره عند السلطان وان طلب منه ان يسوي امره ولم يذكر له الرشوة واعطاه بعد ما يسوي اختلفوا فيه والصحيح انه يحل لانه يريد مجازاة الاحسان ولم ار قسما يحل فيه الاخذ دون الدفع — واما الحلال من الجانبين فهو الاهداء للتودد والمحبة وفي السير الكبير الرشوة لا تملك الى ان قال ابرأه عن الدين ليصلح مهمة عند السلطان لا يبرأ وهو رشوة ولو ابى الاضطجاع عند امراته فقال ابرئني عن المهر فاضطجع معك فابرأته قيل يبرأ لان الابراء للتودد الداعي للجماع بخلاف الابراء ليصلح مهمة عند السلطان لانه مقصود على اصلاح المهم واصلاح

المهم مستحق عليه ديانة وبذل المال فيما هو مستحق عليه حد الرشوة

واعلم ان التوبة من الرشوة لا تكون الا برد المال الى صاحبه والنص القاطع بحرمتها جاء في الكتاب وهو قوله تعالى في سورة النساء ( يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل ) وفي سورة البقرة ( ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام ) معنى الاية على ما ذكره اهل التفسير لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل اي بالوجه الذي لم يبحه الله تعالى وذلك الوجه كالرشوة او الربا او السرقة او الغصب ظلما . والوجه الذي اباحه الشرع التجارة والهبة الصحيحة وغير ذلك . والادلاء اصله من ادليت دلوى ارسلتها في البئر للاستقاء فاذا استخرجتها قلت دلوتها ثم جعل كل القاء قول او فعل ادلاء ومنه يقال للمحتج ادلى بحجته كانه يرسلها ليصير الى مراده وفلان يدلي الى البيت بقرابة او رحم اذا كان منتسبا اليه فيطلب الميراث بتلك النسبة طلب المستقي الماء بالدلو وقوله تعالى وتدلوا داخل في حكم النهي اي لا تدلوا بها الى الحكام اي لا ترشوها اليهم او تلقوا امرها والحكومة فيها اليهم لتأكلوا طائفة من اموال الناس بشهادة الزور او باليمين الكاذبة او بالصلح مع العلم بان المقضى له ظالم — والفرق بين الوجهين ان الحكام على الاول حكام السوء الذين يقبلون الرشا التي هي رشا الحاجة فيها يصير المقصود البعيد قريبا واذا اخذها حاكم السوء مضى في الحكم كمضي الدلو في الارسال وقد قالوا اذا دخلت الرشا من الابواب خرجت الامانة من الكوات — وعلى الثاني قد يكون الحاكم عادلا ولكن قد يشتبه عليه الحق فليتق الله تعالى من خاصم وهو ظالم ففي الطبري عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما هذه الآية في الرجل يكون عليه مال وليس عليه فيه بينة فيجحد المال فيخاصم فيه الى الحكام وهو يعرف الحق عليه وهو يعلم انه آثم آكل حرام

واعلم ان من قضي له بالباطل فان خصومته لم تنقض حتى يجمع الله بينهما يوم القيامة فيقضي على المبطل للمحق ويأخذ مما قضى به للمبطل

على المحق في الدنيا - قال تعالى ( ياداود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ) - والامر هنا للوجوب كما ان النهي للتحريم - واما السنة فقد اورد في الجامع الصغير لعن الراشي والمرتشي

واعلم ان خلاصة ما في الكتب الفقهية من مداخل الحلال ، لا تخلو اما ان تكون باختيار المتملك ، او بغير اختياره كالارث والذي باختياره اما ان لا يكون مأخوذا من مالك كالمعادن ، واما ان يكون مأخوذا من مالك وذلك اما ان يؤخذ قهرا او بالتراضي والمأخوذ قهرا اما ان يكون لسقوط عصمة المالك كالغنائم ، او لاستحقاق الاخذ كزكوة الممتنعين والنفقات الواجبة عليهم - والماخوذ تراضيا ان يؤخذ بعوض كالبيع والصداق والاجرة واما ان يؤخذ بغير عوض كالهبة فهذه ستة

الاول مالا يؤخذ من مالك كنيل المعادن واحياء الموات والاصطياد والاحتطاب والاستقاء من الانهار والاحتشاش فهذا حلال بشرط ان لا يكون الماخوذ مختصا بذي حرمة من الآدميين

الثاني الماخوذ قهرا ممن لا حرمة له وهي الفيء والغنيمة من المحاربين من غير المسلمين وذلك حلال للمسلمين اذا اخرجوا منه الخمس فقسموه بين المستحقين بالعدل ولم ياخذوه ممن له حرمة وامان وعهد

الثالث الماخوذ قهرا لاستحقاق عند امتناع من عليه فيؤخذ دون رضاه وذلك حلال اذا تم سبب الاستحقاق وتم وصف المستحق واقتصر على المستحق

الرابع ما يؤخذ تراضيا بمعاوضة وذلك حلال اذا روعي شرط العوضين وشرط العاقدين وشرط لفظي الايجاب والقبول مع ما تعبدنا الشرع به من اجتناب الشروط المفسدة

الخامس ما يؤخذ بالرضى من غير عوض كما في الهبة والصدقة اذا روعي شرط المعقود عليه وشرط العاقدين وشروط العقد ولم يؤد الى ضرر بوارث او غيره

السادس مايحصل بغير اختياره كالميراث وهو حلال اذا كان المورث قد اكتسب المال من بعض الجهات الخمس على وجه حلال - ثم كان ذلك بعد قضاء الدين وتنفيذ الوصايا وتعديل القسمة بين الورثة وافراز الزكوة والحجج والكفارة ان كانت واجبة -

فهذه مجامع مداخل الحلال وما سوى ذلك فحرام لا يجوز اكله وكذا اذا كان من هذه الجهات وصرفه الى غير المصارف الشرعية كالخمر والزمر والزنى واللواطة والميسر والسرف المحرم وكل هذه الوجوه داخلة تحت قوله سبحانه ( لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ) - ثم لو اخذ القاضي القضاء برشوة دفعها لتوليته بان اخذها منه الامام او قومه وهو عالم به مشى في الكنز وغيره على انه لا يصير قاضيا فلا تصح قضاياه وهو الصحيح واما لو قضى برشوة ففيه اختلاف قيل لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة وقيل لا ينفذ فيهما ورجح في الفتح الاخير ، لان حاصل امر الرشوة فيما اذا قضى بحق ، ايجابها فسقه وقد فرض ان الفسق لايوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وينبغي اعتماده للضرورة في هذا الزمان والا بطلت جميع القضايا الواقعة اليوم وتمامه في الفتح

## المادة ١٧٩٧ - الحاكم لا يذهب الى ضيافة احد الخصمين قطعا

الخصومة تمنع من ذهابه الى الضيافة مطلقا سواء كان بين المضيف والقاضي قرابة او مباسطة قبل القضاء ام لا وسواء كانت عامة او خاصة ولهذا قال قطعا لانها توجب التهمة وايذاء قلب احد المتخاصمين واما في غير المتخاصمين فله الذهاب في العامة لانها لا توجب التهمة دون الخاصة اذ ليس للقاضي ان ينتفع بشيء من اموال الناس بلا بدل والعامة هي

التي يتخذها المضيف حضر القاضي ام لا . والخاصة هي التي لا يتخذهـا لولا حضور القاضي كذا في الهداية وحكي عن القاضي ابي عـلى النسفي ان العامة هي دعوة العرس والختان وما سواها خاصة واستحسنه في الفتح قال فان الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما ابتداء لعامة الناس بل ليس الا لهـاتين الخصلتين او لمخصوص من الناس ولانه اضبط فان معرفة كون الرجـل لو لم يحضر القاضي لم يصنع او يصنع ، غير محقق فانـه امر مبطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي

وبحث في البحر بانه ليس بحسن لان العامة عرفا لا تنحصر في هاتين لان العقيقة كذلك وكذا طعام القدوم من سفر الحج وفي زماننا يصنع طعام في العيدين فالمعتمد ما في الهداية وفي السراج الوهاج انه اصح ما قيل في تفسيرها اهـ واختاره شمس الأئمة السرخسي

اقول وكذا ما جرت به العادة في بـلادنا من الاصطناع في شهر رمضان بل كثيرا مـا يعرض للانسـان من حالات يتخذ لاجلهـا مأدبة كقدوم صديق او عميل او غير ذلك يجمع اليها اودآءه لا تكون لاجل القاضي فلا شك ان قول صاحب الهداية اضبط — لكن له ان يجيب الدعوة الخاصة في موضعين لمحرمه وان له عادة في دعوته قبل ان يصير قاضيا بشرط عدم الخصومة فيها ولا يزاد على المعتاد فلو كان من عادته دعوته في الشهر مرة قبل القضاء فصار يدعوه في كل اسبوع مرة لا يجيبه ولو اتخذ له طعاما اكثر من الاول لا يجيبه الا ان يكون ماله قـد زاد ( بحر عن التتارخانية ) — قيد بالضيافة لان له ان يشهد الجنازة ويعود المريض لان هذا من حق المسلم على المسلم ففي الحديث للمسلم عـلى المسلم ست حقوق اذا دعاه يجيبه واذا مرض يعوده واذا مات يحضره واذا لقيه يسلم عليه واذا استنصحه ينصحه واذا عطس يشمته وهو لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وانما يعوده بشرط

ان لا خصومة له والا فلا

واما هو فلا مانع من ان يتخذ ضيافة لكن لا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة عناية وفي الفتح جاء رجل فنزل على علي رضي الله تعالى عنه فاضافه فلما قال اني اريد ان اخاصم قال له علي رضي الله تعالى عنه تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا ان نضيف الخصم الا ومعه خصمه

المادة ١٧٩٨ — الحاكم لا يوجد في حال وحركة توجب التهمة وسوء الظن كقبول احد الطرفين في داره والخلوة في المجلس معه او الاشارة بالعين او اليد او الرأس الى احدهما او قوله لاحدهما كلاما خفيا او قوله لاحدهما بلسان لم يفهمه الآخر

[ الحاكم لا يوجد في حال وحركة توجب التهمة وسوء الظن ]

فينبغي منه الاجتناب عن كل شيء يوجب ذلك وهذا لا يدخل تحت الحصر ولهذا اتى على وجه المثال بقوله

[ كقبول احد الطرفين في داره والخلوة في المجلس معه ]

سواء كان في مجلس المحاكمة او غيره فالمجلس باعتبار عمومه يغني عن قوله كقبول احد الطرفين في داره بل القبول في داره ادعى للتهمة فيتجنب عن ذلك من باب اولى — والاصل في هذا ما اخرجه في الجامع

الصغير عن عبد الله بن عدى الجرجاني قال صلى الله عليه وسلم ( اذا ابتلى احدكم بالقضاء بين المسلمين فلا يقضي وهو غضبان وليسو بينهم في النظر والاشارة ) وخص المسلمين لا صالتهم والا فالنهي يتناول مـا لو قضى بين ذميين رفعا اليه والتسوية في المجلس ان لا يرفع بعضهم عـلى بعض وفي الاشارة ان لا يشير الى واحـد دون الاخر والامر للوجوب ولفظ الاشارة في الحديث يشمل ما ذكره بقوله

[ والاشارة بالعين او اليد او الرأس الى احدهما ]

ويدخل في هذا ضحكه في وجه احد الطرفين لانه يجترىء بذلك على خصمه وبالاولى قيامه له

او قوله لاحدهما كلاما خفيا

لما فيه من مكسرة قلب الاخر وهذا مؤدي ما جاء في كتاب سيدنا عمر المتقدم ان اس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك

او قوله بلسان لا يفهمه الآخر

فكل ذلك يدعو الى التهمة هذا وقد اخرج البخاري في كتاب الادب عن عبد الله رضي الله تعالى عنه قال قال صلى الله عليه وسلم ( اذا كانوا ثلاثة فلا يتناجى اثنان دون الثالث ) فاذا كانت المسارة من اثنين في حضور ثالث مكروهة شرعا فما بالك بمسارة القاضي مع احد الخصمين قال في الهداية ولا يسار احدهما ولا يلقنه حجته بان يعين

احد الخصمين بتلقين من عنده على اقامة دعواه وعن ابي يوسف لا باس به ( در مختار عن المبني ) والتعبير بلا بأس يفيد ضعف هـذه الرواية وفي رد المحتار نعم في البحر عن الخانية ولو امر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول ابي يوسف ، لانه كان قاضي المشرق والمغرب وجرب وزيادة التجربة تفيد زيادة علم — اقــول وهذا لا ينكر استحسانه اذا كان احد الخصمين امياً جاهــلا لا يحسن الدعوى مع خصم ماهر متحيل واما تلقين الشاهد وهو ان يلقن القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول اتشهد بكذا وكذا ، فمكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهــو قول ابي يوسف الاول ثم رجــع واستحسن التلقين لمن استولته الحيرة او الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله اتشهد بكذا وكذا لكن هذا في غير موضع التهمة اما فيها بان ادعى المدعي الفا وخمساية والمدعى عليه ينكر الخمساية وشهد الشاهد بالف فيقول القاضي يحتمل انه ابرأه من الخمساية واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق بــه في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين احد الخصمين — وفي المبسوط ما قالاه عزيمة لان القاضي منهي عن اكتساب مــا يجر اليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقــول ابي يوسف رخصة لما ابتلي بالقضاء شاهد الحصر عند اداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذا لم يعنه على اداء الشهادة فكان تلقينه احياء للحق و كذلك ينهي اعوان الحاكم من الكتبة والخـدمة من الكلام خفيا مع احـد الخصمين والله الموفق

المادة ١٧٩٩ — الحاكم مأمور بالعدل بين الخصمين بناء عليه يلزم ان يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كاجلاس الطرفين واحالة النظر وتوجيه الخطاب اليهما

وان كان احدهما من الاشراف والآخر من آحاد الناس

العدل هو الاساس الاقوى الذي تبنى عليه مصالح الدين والدنيا وبه تصان الاموال والاعراض والدماء والفروج وبه يقمع الفساد وتنتظم احوال العالم والبلاد والآيات القرآنية والاحاديث النبوية طافحة بالحث على التمسك باهدابه والولوج من بابه فعلى من تولى القضاء بين الناس ان يتخذ هذه الامانة خير لباس وليعلم ان عذاب الله شديد وما يلفظ من قول الا لديه رقيب عتيد وليتذكر الحساب والسؤآل يوم تعرض الاعمال ﴿ ومن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره ﴾ وليقتد بالسلف كيف كانت سيرتهم بالعدل والانابة الى الله عز وجل روي ان يهوديا اشتكى سيدنا عليا الى سيدنا عمر رضي الله عنهما وعلي كما علمت ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وزوج بنته واحد المرشحين للخلافة فقال له عمر قم يا ابا الحسن فاجلس امام خصمك ففعل مع اغبرار لاح على وجهه المكرم فلما انتهت القضية سئله عمر قائلا اكرهت يا علي ان تجلس امام خصمك قال لا ولكني تكدرت لكونك لم تلاحظ المساواة بيننا بقولك لي يا ابا الحسن لان الكنية تشعر بالتعظيم ويكفي في هذا الموضوع رسالة سيدنا عمر الى ابي موسى الاشعري

ثم هذه المادة تتضمن وجوب العدل في المعاملات المتعلقة بمحاكمة الخصمين قبل الحكم وهي مقدماته فما بالك في نفس الحكم فلا يعزب عن فكرك التدبر في الايات الثلاث الكريمة ( ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الظالمون ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الفاسقون ) قال في الفتح وينبغي للخصوم اذا وصلوا ان لا يسلموا على القاضي فاذا سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم — ثم المفتي ايضا

يلزم ان يكون موثوقا به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه ( تنوير ) واما الاجتهاد فشرط الاولوية لتعذره في زماننا — وينبغي له ان يذكر في فتواه دليل الحكم ومأخذه ما امكنه واذا كان الحكم مستغربا جدا لم تألفه النفوس وانما الفت خلافه ، فينبغي للمفتي ان يذكر قبله ما يكون مؤذنا به كالدليل عليه توطئة للحكم الذي يفتي به وقد يتوقف بعض المفتين عن اعطاء الفتوى وان كانت حقا لمخالفتها لغرض السائل ومنهم من يدل المستفتي على مفت او مذهب يوافق غرضه فهذا غير جائز على الاطلاق بل ينظر فان كانت الحادثة المسئول عنها من مسائل العمل بالكتاب والسنة التي فيها نص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يسعه توقفه في الافتاء من اجل عدم موافقة غرض السائل ، وان كانت من المسائل الاجتهادية التي تتجاذبها الاقوال والاقيسة فان لم يترجح له قول منها لم يسعه ان يرجحه لغرض السائل وان ترجح له افتاه فان السائل انما يسئله عما يلزمه في الحكم ويسعه عند الله تعالى فان عرفه المفتي افتاه به سواء وافق غرضه او خالفه — ويحرم على المفتي ايضا اذا جاءته مسئلة فيها تحيل على اسقاط واجب او تحليل محرم او مكر او خداع ان يعين المستفتي فيها ويرشده الى مطلوبه او يفتيه بالظاهر الذي يتوصل به الى مقصده بل ينبغي ان يكون بصيرا بمكر الناس وخداعهم واحوالهم وكم من مسئلة ظاهرها جميل وباطنها مكر وخداع وكم من باطل يخرجه الرجل بحسن لفظه وتنميقه وابرازه في صورة حق ، ومن حق يخرجه بتهجينه وسوء تعبيره في صورة باطلة ومن له ادنى فطنة وخبرة لا يخفى عليه ذلك اه بنوع تلخيص من اعلام الموقعين لابن القيم وقواعد مذهبنا لا تأبى ذلك

# الفصل الثالث

## — في بيان وظائف الحاكم —

المادة ١٨٠٠ — الحاكم وكيل من قبل السلطان لاجراء المحاكمة والحكم

اصل الحكم وادارة الشئون ان يكون للسلطان لانه صاحب الامامة الكبرى وجميع من يعمل للعموم يكون وكيلا عنه — لكن الوكالة قد تكون بلا واسطة كأن يقول السلطان لزيد وكلتك بالحكم بين الناس، ولآخر بجباية الاموال وحفظها، ولآخر بحفظ الثغور، ولآخر بادارة الامور السياسية، ولآخر بعقاب المجرمين وهكذا كما هو صريح المادة ١٤٥٩ — وقد يكون بالواسطة كأن يقلد السلطان انسانا عملا ويفوض له العزل والنصب فالمعين من قبل تلك الذات المفوض اليها يكون ايضا وكيلا من قبل السلطان لا من قبله وهو صريح المادة ١٤٦٦ — قال في التنوير الوكيل لا يوكل فيما وكل فيه الا باذن آمره وان وكل به اي بالاذن او التفويض فهو اي الثاني وكيل الآمر فلكونه وكيل السلطان لا ينعزل بموت موكله اعني الوكيل الاول . واما عدم عزلهم بموت السلطان مع ان الوكيل الاول والثاني ينعزلان بموت الموكل، فلان السلطان ليس عاملا لنفسه في هذا التوكيل بل لمصلحة الرعية فيبقان على وكالتهما لما في الهندية واذا مات الخليفة وله قضاة وولاة فهم على حالهم وليس هذا كالوكالة . وانما صح العزل ممن فوض له السلطان مع ان الثاني ليس وكيلا عنه بل عن السلطان لان تفويض السلطان له يتضمن الاذن له بالعزل

راجع المادة ( ١٨٠٥ ) — ويتفرع على كون القاضي وكيلا عن السلطان، ان القضاء كالوكالة يجوز ان يكون مطلقا وان يكون معلقا بشرط او مضافا الى وقت راجع المادة ( ١٤٥٦ ) — وانه يجوز للسلطان ان يعزله بموجب كالفسق والارتشاء والجور او بغير موجب، وانه كما في المادة ١٥٢١ يجوز للقاضي الاستعفاء من القضاء لكن لا ينعزل ما لم يصل استعفاؤه الى السلطان او من فوض اليه السلطان فلو حكم قبل وصول استعفائه نفذ حكمه. قال في التنوير وشرحه للوكيل عزل نفسه بشرط علم موكله وكذا يشترط علم السلطان بعزل قاض وامام نفسها والا لا

المادة ١٨٠١ — القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات مثلا الحاكم المامور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له ان يحكم قبل حلول تلك السنة او بعد مرورها وكذلك الحاكم المنصوب في قضاء يحكم في جميع اطراف ذلك القضاء وليس له ان يحكم في قضاء آخر والحاكم المنصوب على ان يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له ان يحكم في محل آخر وكذلك لو صدر امر سلطاني بان لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للحاكم ان يستمع تلك الدعوى ويحكم بها او كان الحاكم بمحكمة ماذونا باستماع بعض الخصوصات المعينة فله ان يسمع الخصوصات التي اذن بها وان يحكم فيها فقط وليس له استماع ما عداها والحكم بها وكذلك لو صدر امر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما ان رأيه بالناس ارفق

ولمصلحة العصر اوفق فليس للحاكم ان يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد واذا عمل لا ينفذ حكمه

ذكر في المادة الآنفة ان القاضي وكيل عن السلطان والوكالة تجوز معلقة ومنجزة مطلقة ومقيدة ولهذا قال

[ القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات ]

بان لا يحكم فيها ، او بعض الاشخاص بان لا يحكم بينهما

واعلم ان هذه كلها وان تعددت ظاهرا تؤول لمعنى واحد وهو تقييد عمله بما شرط وعدم جوازه فيما خرج عن ذلك فعطف يتخصص على يتقيد عطف تفسير يغني ذكر احدهما عن الآخر لان المقيد بقيد يتخصص به فيخرج عن الحكم ما وراءه — كذلك ما سيأتي اذا امر السلطان القاضي ان يحكم برأي مجتهد معين ، يتقيد به ولا يجوز الحكم بخلافه

[ مثلا الحاكم المامور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له ان يحكم قبل حلول تلك السنة ]

لانه اضاف تعيينه الى دخول اول السنة في المستقبل فلا يكون قاضيا قبل حلول اول السنة [ او بعد مرورها ] اذ بمرورها ينعزل فلا ينفذ حكمه بعد — لكن لو اضيف تعيينه الى حلول اول السنة ولم يقيد بمدة الانتهاء يعتبر قاضيا من اول السنة غير مقيد بوقت للانتهاء ما لم يعزل

وعلى هذا التوقيت كانت العادة في حكومة العثمانيين والحكمة في ذلك انه كان قديما لا يتعين لمنصب القضاء الا الافاضل الاعلام المتبحرون في العلوم والفنون المثابرون على التدريس ونشر العلوم - قال في الهندية ومن حق السلطان ان ينظر الى هذا القاضي اذا مضى عليه حول فيقول لا فساد فيك ولكن اخشى عليك ان تنسى العلم فعد وادرس العلم ثم عد الينا حتى نقلدك ثانيا كذا في النهاية - واستمرار هؤلاء على الاشتغال في وظيفة القضاء ربما يؤدي الى ضعف براعتهم في غير علم الفقه خرصا على حياة العلم كانت المدة في الحرمين الشريفين سنة وفي غيرها سنتين ثم يعودون الى التدريس وهكذا وما زالت هذه الخطة حسنة حتى انقلبت سيئة منذ نصف قرن - فقد اسسوا مكتبا في الاستانة لتعليم ما يتعلق بالقضاء من الفقه والفرائض وفن الصكوك على ان يكون هذا السلك مخصوصا للمتخرجين منه فكان يخرج من هذا المكتب الغث والسمين ومع هذا فكثير من عامة الناس الذين لا نصيب لهم من العلم ولا خرجوا من المكتب يندرج في هذا السلك بالشفاعة والدينار

ثم بعد هذا ما زالوا مثابرين على توقيت القضاء والحكمة في ذلك ان بيدهم الحل والعقد في تعيين القضاة وهم قاضي القضاة المعبر عنه بشيخ الاسلام ومن تحت يده من اعضاء مجلس انتخاب القضاة كانوا يحرصون على دوام هذه القاعدة التي صارت اعظم سيئة في زمانهم بعد بعد ان كانت حسنة في الاعصر السابقة لما ان تبدل القضاة والحلال الوظائف وكثرة المراجعين في ابوابهم تدر عليه بالمنافع والهدايا من كل فج عميق وفوق هذا لا يعينون قاضيا ويعطونه المراسلة الا باخذ مبلغ معلوم منه يصبغونه باسم خرج مراسله ( ثم انقضت تلك السنون واهلها فكانها وكانهم احلام ) فلا ترى مغبونا مثل اولئك القضاة المساكين ينفقون اعمارهم يوما بجذوى ويوما بالعقيق وهم بين ذلك افواجا افواجا يدخلون باب المشيخة بطانا ويخرجون خماصا

وبناء على تقيده بالزمان اذا قلد السلطان رجلا قضاء يوم يجوز

ويتأقت ( هندية ) واشار الى التقييد بالمكان بقوله

[ وكذلك الحاكم المنصوب في قضاء يحكم في جميع اطراف ذلك القضاء ]

استفيد من هذا ان المصر ليس بشرط لنفاذ القضاء وهي رواية النوادر مشت عليها المجلة فله ان يحكم في قرية تابعة للمصر الذي هو فيه اما على ظاهر الرواية فالمصر شرط لنفاذ القضاء فلو قلد السلطان رجلا قضاء بلدة كذا ، لا يصير قاضيا في سواد تلك البلدة ما لم يقلد قضاء البلدة ونواحيها ( هندية ) فقاضي الشام مثلا لا يحكم في حلب وتوابعها ولا في لواء حمص وتوابعه

[ والحاكم المنصوب على ان يحكم في محكمة معينة ]

اي مكان مخصوص من البلدة مثلا امره السلطان ان لا يحكم الا فيها

[ يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له ان يحكم في محل آخر ]

في الهندية واذا قيده بالمكان يجوز ويتقيد بذلك فعلى هذا لو قيد القاضي انابة نائبه في مسجد معين لا يكون للنائب ان يقضي في مسجد آخر لكن في زماننا لم يعهد الى القضاة التقييد بالمكان بهذا الوجه

[ كذلك لو صدر امر سلطاني بان لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ]

كقطع اسباب الحيل والتزوير

[ ليس للحاكم ان يسمع تلك الدعوى ويحكم بها ]

استثناء امور مخصوصة من الوقائع بان لا تسمع الدعوى فيها ، تقييد للقضاء ايضا فالقاضي غير منصوب في حقها للنهي السلطاني فلو رآها وحكم فيها لا ينفذ حكمه والخصوصات قسمان

القسم الاول قد تكون عامة لكل فرد ومن هذا القبيل ما تقدم في المادة ١٦٦ وتواليها فالدعاوي التي مضى عليها مرور الزمان عامة لا يجوز سماعها من كل احد سواء دافع المدعى عليه بمرور الزمان او سكت فالقاضي يردها الا ان يكون اقرار — ومن ذلك اذا وقف المديون ملكه ولو في صحته هربا من الدين فالقضاة ممنوعون من تسجيله للنهي السلطاني فلو وقف المديون لهذا الغرض ولم يكن له مال آخر لوفاء الدين وراجع الغرماء القاضي يبطل وقفه . ومن ذلك ورود النهي السلطاني عن سماع الدعوى بعد وقوع الفراغ في الاملاك الصرفة او الموقوفة مثلا بالاجارتين بان الفراغ كان بطريق المواضعة او بان المفروغ له كان اسمه في السند مستعارا لا تسمع الدعوى فلو سمعها القاضي وحكم فيها ببينة مزكاة او بنكول المدعى عليه عن اليمين لا ينفذ حكمه — ومثل هذا ورود النهي السلطاني بتاريخ ٢٦ صفر سنة ١٢٧٨ عن سماع الدعوى بما يخالف مندرجات السند بعد فراغ الاراضي او ما كان منها موقوفا وقفا غير صحيح وهو ما وقفت حاصلاتها من طرف السلطان لمصلحة عمومية

بان الفراغ كان بطريق الوفاء لا بتاتا — ومن هذا ايضا ما لو فرغ شخص ارضه لآخر مجانا ثم بعد ذلك ادعى الفارغ ان الفراغ كان على شرط ان المفروغ له ينفق على الفارغ مدة حياته ولم يكن هذا الشرط مندرجا في سند الفراغ لا تسمع كما لا تسمع لو ادعى بعد الفراغ انه وقع وفاء او ان الفارغ كان اعطاه رهنا قبل الفراغ

القسم الثاني ان تكون الخصوصات خاصة كما لو امر السلطان القاضي بعدم استماع دعوى زيد مطلقا او الى اجل معين لا يسمعها فلو عمل وحكم لا ينفذ او امر ان لا يكون زيد نائبا من بعد ، فعينه قاضي البلدة لا يصح ولا ينفذ حكم ذلك النائب كذلك اذا ولى السلطان انسانا ان يحكم في قضية مخصوصة بين زيد وعمرو فقط لا يجوز ان يحكم بين غيرهما في امر ما ولا بينهما في دعوى اخرى

## ﴿ تنبيه ﴾

لا كلام في ان القاضي لاينفذ حكمه فيما استثناه السلطان من الخصوصات لكون القاضي حينئذ غير ماذون فيها باعتبار انه وكيل عنه لكن استثناء الخصوصات يلزم ان يكون لغرض مرضي والا فيجب على العلماء ان ينصحوه ومن استثناء الخصوصات ما افاد بقوله

[ او كان الحاكم بمحكمة ماذونا باستماع بعض الخصوصات التي اذن بها ان يحكم فيها فقط ليس له استماع ما عداها والحكم بها ]

كمحكمة القسام العمومي التي كانت في دائرة المشيخة الاسلامية ومحكمة الاوقاف ضمن نظارة الاوقاف كل حاكم في هذه او هذه

مأذون بالحكم في قضايا مخصوصة لا يتعداها كذلك المحاكم الشرعية في زماننا تحكم بالقسامة والارث والدية والارش والقصاص والغرة وحكومة عدل والطلاق والنكاح والنفقة والحضانة والوقف وفي غير هذا حكم القاضي غير نافذ

[ كذلك لو صدر امر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما ان رأيه بالناس ارفق ولمصلحة العصر اوفق فليس للحاكم ان يعمل برأي مجتهد آخر مناف لراي ذلك المجتهد واذا عمل لا ينفذ حكمه ]

هذا وجه آخر من الخصوصات التي يتقيد بها القضاء، لانه عمل بما ليس مأذونا فيه من الاقوال المجتهد فيها فلا ينفذ حكمه وفي مضبطة جمعية المجلة اول الكتاب صراحة بهذا .

اعلم ان قاطبة اهل الاسلام اليوم على تقليد الأئمة الاربعة ابي حنيفة والشافعي ومالك واحمد بن حنبل رضي الله تعالى عنهم لاندراس مذهب من سواهم واندراس مقلديهم ولتدوين هذه المذاهب بتحريرها ونقلها المتواتر في مشارق الارض ومغاربها ولقد كثرت من بعدهم عوائق الوصول الى رتبة الاجتهاد فمدعي الاجتهاد لهذا العهد مردود على عقبه لا يجوز تقليده لانه يؤدي الى التلاعب لتعذر شروطه فلم يبق الا المصير الى تلك المذاهب الاربعة . ثم ان معظم اهل العراق والهند والصين والترك والكثير من الشاميين على مذهب الامام ابي حنيفة ومعظم اهل المغرب والاندلس على مذهب الامام مالك واكثر المقلدين للامام احمد ابن حنبل في الشام والعراق ومقلدوا الامام الشافعي في مصر اكثر مما سواها والمعاملات اليوم في احكام قضاتنا على مذهب الامام ابي حنيفة فاذا وقعت حادثة بين غير المقلدين لمذهبه وارادوا الحكم على

مذهب من يقلدونه من الائمة العظام يعينون من علماء مذهبهم حكما في تلك القضية فيحكم ويرفع حكمه الى القاضي الماذون بالحكم على مذهب الامام ابي حنيفة

واعلم ان طبقات المجتهدين ثلاث

الاولى المجتهد المطلق وهو المجتهد في الشرع كالائمة الاربعة رضوان الله عليهم

الثانية المجتهد في المذهب كالامام ابي يوسف ومحمد وسائر اصحاب ابي حنيفة القادرين على استخراج الاحكام من الادلة على مقتضي القواعد التي قررها استاذهم ابو حنيفة في الاحكام وان خالفوه في بعض احكام الفروع لكن يقلدونه في قواعد الاصول وبه يمتازون عن المعارضين في المذهب كالشافعي وغيره المخالفين له في الاحكام غير مقلدين له في الاصول – وفي الدر المختار قبل الحكة في مخالفة تلامذته له انه رأى صبيا يلعب في الطين فحذره من السقوط فاجابه ان احذر انت السقوط فان في سقوط العالم سقوط العالم فحينئذ قال لاصحابه ان توجه لكم دليل اي ظهر لكم في مسئلة وجه الدليل على غير ما اقول فقولوا به فكان كل يأخذ برواية منه ولذا قال في الولوالجيه قال ابو يوسف ما قلت قولا خالفت فيه ابا حنيفة الا قولا كان قاله ثم رجع عنه فهذا اشارة الى انهم ما سلكوا طريق الخلاف بل قالوا ما قالوا عن اجتهاد ورأي اتباعا لما قاله استاذهم ابو حنيفه – وفي آخر الحاوي القدسي واذا اخذ بقول واحد منهم يعلم قطعا انه يكون به آخذا بقول ابي حنيفة فانه روى عن جميع اصحابه الكبار كابي يوسف ومحمد وزفر والحسن انهم قالوا ما قلنا في مسئلة قولا الا وهو روايتنا عن ابي حنيفة فلم يتحقق اذا جواب ولا مذهب الا له كيفما كان وما نسب الى غيره الا بطريق المجاز للموافقة – فان قلت اذا رجع المجتهد عن قول لم يبق قولا له فاذا كان كذلك فما قاله اصحابه مخالفين له فيه ليس مذهبه فحينئذ صارت اقوالهم مذاهب لهم مع اننا التزمنا تقليد مذهبه دون

مذهب غيره ولذا نقول ان مذهبنا حنفي لا يوسفي ونحــوه يجاب بــان الامام لما امر اصحابه بان يأخذوا من اقواله بما يتجه لهم منها عليه الدليل صار ما قالوه قولا له لابتنائه عــلى قواعده التي اسسها لهم فلم يكن رجوعا عنه من كل وجه فيكون من مذهبه ايضا . ونظير هذا ما نقله العلامة البيري في اول شرحه على الاشباه عن شرح الهداية لابن الشحنه ونصه : اذا صح الحديث وكان على خلاف المذهب عمل بالحديث ويكون ذلك مذهبه ولا يخرج مقلده عن كونه حنفيا بالعمل به فقد صح عنه انه قال اذا صح الحديث فهو مذهبي ولا يخفى ان ذلك لمن كان اهلا للنظر في النصوص ومعرفة محكمها من منسوخها فاذا نظر اهل المذهب في الدليل وعملوا به صح نسبته الى المذهب لكونه صادرا باذن صاحب المذهب اذ لا شك انه لو علم ضعف دليله رجــع عنه واتبع الدليل الاقوى ولذا رد المحقق ابن الهمام عــلى بعض المشايخ حيث افتوا بقول الامامين بانه لا يعدل عن قول الامام الا لضعف دليله اه بنوع تلخيص من رد المحتار

الطبقة الثالثة طبقة المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب المذهب كالخصاف وابي جعفر الطحاوي وابي الحسن الكرخي وشمس الائمة الحلواني وشمس الائمــة السرخسي وفخر الاسلام البزودي وفخر الدين قاضيخان وامثالهم فانهم لا يقدرون على شيء من المخالفة لا في الاصول ولا في الفروع لكنهم يستنبطون الاحكام في المسائل التي لا نص فيها على حسب الاصول والقواعد وهذه طبقات الاجتهاد

وان اردت تعداد الطبقات للفقهاء الاعم من المجتهدين وغيرهم فسبع الثلاث المارة —

الرابعة طبقة اهل الترجيح من المقلدين كالرازي واضرابه فانهم لا يقدرون على الاجتهاد لكنهم لاحاطتهم بالاصول وضبطهم للمآخذ يقدرون على تفصيل قول مجمل ذي وجهين وحكم مبهم محتمل لامرين منقول عن صاحب المذهب او احــد من اصحابه برأيهم ونظرهم في الاصول

والقايسة على امثاله ونظائره من الفروع وما في الهداية من قوله كذا في تخريج الكرخي وتخريج الرازي من هذا القبيل

الخامسة طبقة اصحاب الترجيح من المقلدين كأبي الحسن القدوري وصاحب الهداية وامثالها وشأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض كقولهم هذا اولى وهذا اصح رواية وهذا ارفق بالناس

السادسة طبقة المقلدين القادرين على التميز بين الاقوى والقوي والضعيف وظاهر المذهب والرواية النادرة كاصحاب المتون المعتبرة من المتأخرين مثل صاحب الكنز وصاحب المختار وصاحب الوقاية وصاحب المجمع وشأنهم ان لا ينقلوا الاقوال المردودة والروايات الضعيفة

السابعة طبقة المقلدين اللذين لا يقدرون على ما ذكر ولا يفرقون بين الغث والسمين ( رد محتار مختصرا )

اذا عرفت هذا فالمراد من المجتهد في الفقرة الاخيرة ما يشمل الطبقات الثلاث فاذا امر السلطان الحكام ان يكون حكمهم برأى اي مجتهد كان من المذاهب الاربع صح امره ووجب العمل به سواء كان مجتهدا بالمذهب او في المذهب او في المسائل وبما ان مسائل المجلة ماخوذة من مذهب الامام الاعظم ولاصحابه المجتهدين في مذهبه اقوال خالفوا فيها امامهم بحسب الظاهر كما هو معلوم من كتب الفقه وقد امر السلطان ان يعمل منها بما هو الارفق والاوفق لمصلحة الزمان فاذا راجعت الكتب الفقهية ونظرت الى المواد ( ٥٩٦ ) و ( ٥٠٦ ) و ( ١٧٩ ) و ( ٣٠٠ ) و ( ١٩١ ) و ( ٣٩٢ ) و ( ٦٩٢ ) و [ ١٧٠٧ ] و [ ١٤٩٢ ] و [ ١٠٣٤ ] و [ ٤٤٧ ] و [ ٦٩٢ ) تجدها ماشية على قول الصاحبين او احدهما او قول زفر لهذه الغاية - فكل حكم بقضية يخالف مسائل المجلة غير مأذونين به فلا يكون نافذا

٦ — ٢٠

## ﴿ مسئلة ﴾

اذا وقعت حادثه خارجة عن المسائل التي امر السلطان بالجري عليها فعلى اي قول من اقوال المجتهدين في المذهب الحنفي يحكم القاضي او يفتي المفتي فاعلم اولا ان مسائل اصحابنا الحنفية على ثلاث طبقات

الطبقة الاولى مسائل الاصول وتسمى ظاهر الرواية ايضا وهي مسائل رويت عن اصحاب الحديث وهم ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد رضوان الله عليهم ويقال لهم العلماء الثلاثة وقد يلحق بهم زفر والحسن وغيرهما ممن اخذ الفقه عن ابي حنيفة لكن الغالب الشائع في ظاهر الرواية ان يكون قول الثلاثة او قول بعضهم . ثم هذه المسائل التي تسمى بظاهر الرواية والاصول هي ما وجد في كتب محمد المبسوط والزيادات والجامع الصغير والسير الصغير والجامع الكبير والسير الكبير وانما سميت بظاهر الرواية لانها رويت عن محمد برواية الثقاة فهي ثابتة عنه اما متواترة او مشهورة عنه

الثانية مسائل النوادر وهي مروية عن اصحاب المذهب المذكورين لكن لا في الكتب المذكورة بل اما في كتب اخر لمحمد غيرها كالكيسانيات والهارونيات والجرجانيات والرقيات وانما قيل لها غير ظاهر الرواية لانها لم ترو عن محمد بروايات ظاهرة ثابتة صحيحة كالكتب الاولى واما في كتب غير محمد ككتاب المجرد للحسن بن زياد وكتاب الامالي لابي يوسف والامالي جمع املاء وهو ان يقعد العالم وحوله تلامذته بالمحابر والقراطيس فيتكلم العالم بما فتح الله عليه من ظهر قلبه وتكتبه التلامذة

الطبقة الثالثة الفتاوي والواقعات وهي مسائل استنبطها المجتهدون في المسائل المتاخرون لما سئلوا عن ذلك ولم يجدوا فيها رواية عن اهل المذهب المتقدمين وهم اصحاب ابي يوسف ومحمد واصحاب اصحابهما مثل عصام بن

يوسف وابن رستم ومحمد بن سماعه وابي حفص البخاري ومن بعدهم وقد يتفق لهم ان يخالفوا اصحاب المذهب لدلائل واسباب ظهرت لهم كما سيأتي بيانه - واول كتاب جمع في فتواهم كتاب النوازل للفقيه ابي الليث السمرقندى ثم جمع المشايخ بعده كتبا اخر وهي مجموع النوازل والواقعات للناطفي والواقعات للصدر الشهيد ثم ذكر المتأخرون هذه المسائل مختلطة غير متميزة مثل فتاوي قاضيخان والخلاصة وغيرها وميز بعضهم كما في كتاب المحيط لرضي الدين السرخسي فانه ذكر اولا مسائل الاصول ثم النوادر ثم الفتاوي والواقعات هذه طبقات الكتب في ترجيح بعضها على بعض عند القضاء والفتوى فما كان من المسائل في الكتب التي رويت عن محمد بن الحسن رواية ظاهرة يفتي به وان لم يصرحوا بتصحيحه نعم لو صححوا رواية اخرى من غير كتب ظاهر الرواية يتبع ماصححوه - ثم ان الاقوال الواردة فيها فما اتفق عليه أئمتنا الثلاث لا يجوز ولو للمجتهد في مذهبهم ان يعدل برأيه فما بالك في غيره وان اختلفوا يقدم ما اختاره الامام ابو حنيفة سواء وافقه احد اصحابه ام لا فان لم يوجد له اختيار قدم ما اختاره ابو يوسف وحيث لم يوجد لابي يوسف اختيار قدم قول محمد بن الحسن ثم قول زفر والحسن بن زياد فقولها في رتبة واحدة وقيل اذا كان ابو حنيفة في جانب وصاحباه في جانب فالمفتي بالخيار اذا كان مقلدا ليس من اهل النظر في قوة الدليل - ويستثنى من هذا الترتيب مسائل اجمع المتاخرون فيها من اهل التخريج والترجيح على خلاف ما قاله امامهم لتغير الزمان او للضرورة ونحو ذلك فاختاروا الفتوى فيها على قولها او قول احدهما وان كان الآخر مع الامام بل اختاروا قول زفر في مقابلة قول الكل لنحو ذلك فترجيحاتهم وتصحيحاتهم باقية فعلينا اتباع الراجح والعمل به فهي وان كانت خارجة عن قول صاحب المذهب لكن لو كان في هذا الزمان لقال بها ولو حدث هذا التغير في زمانه لم ينص على خلافها - وهذا الذي جرأ المجتهدين في المذهب واهل النظر الصحيح من المتأخرين على مخالفة المنصوص عليه من صاحب المذهب في كتب

ظاهر الرواية بناء على ما كان في زمنه – منها ترجيح قولهما في المزارعة والمعاملة وافتاءهم بقول ابي يوسف فيما يتعلق بالقضاء والشهادات لحصول زيادة العلم بتجربته ، وافتاءهم بقول زفر في القضاء على الغائب بالنفقة ان اقامت بينة على النكاح ، او اقام القريب ولادا ، بينة على النسب وهي احدى المسائل التي يفتي فيها بقول زفر مبسوطة في نفقة الدر المختار فارجع اليها كذلك افتوا بالصلح على نصف القيمة اذا هلك المتاع عند الاجير المشترك بما يمكن الاحتراز منه كالغصب والسرقة مع ان الامام قال لا يضمن وقالا يضمن وفي التبيين وبقولهما يفتى لتغير احوال الناس ه در مختار ورد محتار ◦ وفي شرح منظومة رسم المفتي ما ملخصه : قولهم اذا كان في المسئلة قولان مصححان فالمفتي بالخيار ليس على اطلاقه بل ذاك اذا لم يكن لاحدهما مرجح قبل التصحيح او بعده

الاول من المرجحات ما اذا كان تصحيح احدهما بلفظ الصحيح والاخر بلفظ الاصح

الثاني ما اذا كان احدهما بلفظ الفتوى والآخر بغيره

الثالث ما اذا كان احد القولين المصححين في المتون والآخر في غيرها لانه عند عدم التصحيح لاحد القولين يقدم ما في المتون لانها الموضوعة لنقل المذهب

الرابع ما اذا كان احدهما قول الامام الاعظم والآخر قول بعض اصحابه لانه عند عدم الترجيح لاحدهما يقدم قول الامام الاعظم

الخامس ما اذا كان احدهما ظاهر الرواية فيقدم على الآخر

السادس ما اذا كان احد القولين المصححين قال به جل المشايخ العظام ففي شرح البيري على الاشباه ان المقرر عن المشايخ انه متى اختلف في المسئلة فالعبرة بما قاله الاكثر

السابع ما اذا كان احدهما الاستحسان والآخر القياس لان الارجح الاستحسان الا في مسائل ولنورد لك مثالين من تلك المسائل في التنوير وشرحه

الاول لو خرج الى الحج ومات في الطريق واوصى بالحج عنه فان فسر المال اوالمكان ، فالامر على ما فسره والا فيحج عنه من بلده قياسا لا استحسانا والاول قول الامام رجحوه على الاستحسان

الثاني ما في الشركة من الدر وغيره لا يصح شركة في احتطاب مثلا وما حصله احدهما ، فله وما حصلاه معا ، فلهما نصفين ومما حصله احدهما باعانة صاحبه فله ولصاحبه اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ذلك نقل ط عن الحموي عن المفتاح ان قول محمد هو المختار للفتوى الا ترى انه لو اعانه فلم يصب شيئا كان له اجر مثله - فهاتان المسئلتان ترجح فيهما القياس على الاستحسان

الثامن ما اذا كان احدهما انفع للوقف لما في الحاوي القدسي وغيره يفتي بما هو انفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه -

التاسع ما اذا كان احدهما اوفق لاهل الزمان

العاشر ما اذا كان احدهما دليله اوضح واظهر لكن هذا عند من له اهلية النظر في الدليل وللمتاخرين في ترجيح احد القولين الفاظ نحو وعليه الفتوى وبه يفتي وبه نأخذ وعليه الاعتماد وعليه عمل اليوم وعليه عمل الامة وهو الصحيح او الاصح او الاظهر او الاشبه اي بالمنصوص رواية والراجح دراية فيكون عليه الفتوى او الاوجه او المختار وبه جرى العرف وهو المتعارف وبه اخذ علماؤنا - قال في رسم المفتي قلت وحاصل هذا كله انه اذا صحح كل من الروايتين بلفظ واحد كان ذكر في كل واحدة منهما هو الصحيح او الاصح او به يفتي تخير المفتي - واذا اختلف اللفظ فان كان احدهما بلفظ الفتوى فهو اولى لانه لا يفتي الا بما هو صحيح وليس كل صحيح يفتى به لان الصحيح في نفسه قد لا يفتى به لكون غيره اوفق لتغير الزمان وللضرورة ونحو ذلك فما فيه لفظ الفتوى يتضمن شيئين احدهما الاذن بالفتوى به والآخر صحته لان الافتاء به تصحيح له بخلاف ما فيه لفظ الصحيح او الاصح مثلا -- وان كان لفظ الفتوى في كل منهما فان احدهما يفيد الحصر مثل به يفتي او

عليه الفتوى فهو الاولى - ومثله بل اولى لفظ عليه الامة لانـه يفيد الاجماع - وان لم يكن لفظ الفتوى في واحد منهما فـان كان احدهما بلفظ الاصح والآخر بلفظ الصحيح وكانا في كتاب واحد من امام واحد فلفظ الاصح اولى وان كانا في كتابين فعلى الخلاف لما في شرح المنية في بحث مس المصحف والذي اخذناه من المشايخ انـه اذا تعارض امامان معتبران في التصحيح فقال احدهما الصحيح كذا وقال الاخر الاصح كذا فالاخذ بقول من قال الصحيح اولى من الاخذ بقول من قال الاصح لان الصحيح مقابله الفاسد والاصح مقابله الصحيح فقد وافق من قال الاصح قائل الصحيح على انه صحيح واما من قال الصحيح فعنده ذلك الحكم الاخر فاسد فالاخذ بما اتفقا على انه صحيح اولى من الاخذ بما هو عند احدهما فاسد - وذكر العلامة ابن عبد الرزاق في شرحه عـلى الدر المختار ان المشهور عند الجمهور ان الاصح أكد من الصحيح - وان كان كل منهما بلفظ الاصح او الصحيح فلا شبهة في انه يتخير بينهما اذا كان الامامان المصححان في رتبة واحدة - اما لو كان احدهما اعلم فانه يختار تصحيحه كما لو كان احدهما في الخانية والآخر في البزازية مثلا فـان تصحيح قاضيخان اولى - واذا تعارض ما في المتون والفتاوي فـالمعتمد على ما في المتون وكذا يقدم ما في الشروح على مـا في الفتاوى لكن هذا عند التصريح بتصحيح القولين او عدم التصريح اصلا فان اصحاب المتون التزموا وضع القول الصحيح وهو تصحيح التزامي فيكون مـا في غيرها مقابل الصحيح ما لم يصرح بتصحيحه فيقدم على التصحيح الالتزامي والمراد بالمتون المتون المعتبرة كالبداية ومختصر القدوري والمختار والنقاية والوقاية والكنز والملتقى ( خيرية )

المادة ١٨٠٢ - ليس لاحـد الحاكمين مثلا المنصوبين لاستماع دعوى ان يستمع تلك الدعوى وحده ويحكم بها

واذا عمل لا ينفذ حكمه راجع مادة ( ١٤٦٥ )

لانها في هذا العمل وكيلان من قبل السلطان كما تقدم في المادة ( ١٨٠٠ ) واحد الوكيلين لا ينفذ تصرفه فيما وكلا به معا اذا السلطان رضي باجتماع رأيهما لاصابة الحق لا رأي واحد منهما — لكن بمقتضى انهما وكيلان لو سمع احدهما الدعوى بحضور الآخر وهو سامع وحكم فاجازه الحاضر السامع ينبغي ان ينفذ لان القصد السماع واجتماع الرأي وقد حصل — هذا اذا نصبهما السلطان معا ولو على التعاقب يقتضي جواز انفراد احدهما كالوكيلين متعاقبا . ثم التقييد بان يكون حكمهما معا اما بالصراحة كان يقول لهما نصبتكما قاضيين في بلدة كذا على ان تسمعا الدعوى وتحكما معا او بالدلالة نحو وجهت عليكما قضاء البلدة الفلانية فانه يدل بمقتضى الوكالة على عدم صحة الانفراد الا اذا وجد التصريح بالانفراد فان الصريح اقوى من الدلالة — ولم يعهد في محاكمنا الشرعية سوى حاكم منفرد يستقل بالحكم فلو فرض تعيين قاضيين لمحكمة واحدة فالحكم ماذكر

المادة ١٨٠٣ — اذا طلب احد الخصمين المرافعة في حضور حاكم وطلب الآخر المرافعة في حضور الآخر في البلدة التي تعددت حكامها ووقع الاختلاف بينهما بهذا الوجه يرجح الحاكم الذي اختاره المدعى عليه

يعني المدعى عليه وان كان يجبر على الخصومة الا ان الخيار له في تعيين مرجعها لا للمدعى . والمسئلة خلافية ففي الخانية ( ولو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما في محلة على حدة فوقعت الخصومة بين

رجلين احدهما من محلة والاخر من محلة اخرى والمدعي يريد ان يخاصمه الى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها ابو يوسف ومحمد والصحيح ان العبرة لمكان المدعى عليه وهو قول محمد وكذا لو كان احدهما من العسكر والآخر من اهل البلدة فاراد العسكري ان يخاصمه الى قاضي العسكر فهو على هذا اهـ ) وفي تعليقات العلامة ابن عابدين على البحر قال العلامة الرملي يعني عند ابي يوسف رحمه الله تعالى المدعي من اذا ترك ترك فهو منشيء للخصومة ان شاء انشأها عند قاضي محلته وان شاء عند قاضي محلة خصمه فيرجح المحل الذي يختاره — وعند محمد رحمه الله تعالى المدعي عليه دافع له والدافع يطلب سلامة نفسه والاصل برآءة ذمته فاخذه الى من يأباه لريبة تثبت عنده وتهمة وقعت له وربما يوقعه في اثبات ما لم يكن ثابتا في ذمته بالنظر اليه واعتباره اولى لانه يريد الدفع عن نفسه وخصمه يريد ان يوجد عليه الاخذ بالمطالبة ومن طلب السلامة اولى بالنظر ممن طلب ضدها تأمل اهـ كلام الرملي — قيد في الخانية القاضيين بكون كل منهما في محلة على حدة للاحتراز عما لو كان في البلدة قاضيان فوض لكل منهما الحكم على العموم في كل من هو في بلدهم او قريتهم التى تولوا القضاء بها ففي هذه الصورة اتفق كل من ابي يوسف ومحمد على ان الخيار للمدعي لان المدعي هو الذي له الخصومة فيطلبها عند اي قاض اراد — وقد رد العلامه المقدسي على صاحب البحر حيث حمل عبارة البزازية على الاطلاق وافتى بذلك مع انه في الفصول العمادية ذكر المسئلة مقيدة واعقبها بما هو دليل واضح على التقييد وهو قوله وكذا لو كان احدهما من اهل العسكر والاخر من اهل البلد فاراد العسكري ان يخاصمه الى قاضي العسكر ، فهو على هذا ولا ولاية لقاضي العسكر على غير الجندي لكن في زماننا ليس للعسكر قاض بخصوص فهم وغيرهم سواء في الرجوع الى القاضي العمومي — وبناء على ما ذكر من القيد فاذا كان يوجد الان في مثل القاهرة تعدد القضاء على المذاهب الاربعة ، ولم يكن كل واحد مولى بالحكم على

محلات على حدة بل ولاية كل واحد منهم عامة لكل من راجعهم من اهل مصر ومن فيها من حلبي وشامي وغيرهما فـالخيار حينئذ للمدعي اتفاقا لعدم الفائـدة – وقـد تنبه الفاضل حيدر افندي في اول كلامه وآخره لهذا القيد فاعتبره وباثناء ذلك ذكر ما ينافيه وهو اعتماده عـلى صاحب البحر المعترض عليه بما قدمناه

نرجع الى ما عللوا به قول ابي يوسف بان المدعي منشيء للخصومة الخ وقول محمد بان المدعى عليه دافع لها الخ اقول كلا التعليلين يحتاج الى تامل وذلك لان المدعي ان كان منشأ لها بحق فترجيح جانبه في الاختيار اعدل وان كان بغير حق فترجيح جانب المدعى عليه وان كان اعـدل خصوصا وان الاصل في الذمـة البرآءة لكن يعارض هذا بان الاصل في الانسان الصدق وعدم الخيانة في الدعوى الكاذبة فانشاء الخصومـة من حيث الاطلاق لا يصلح علة للترجيح وايضا . هذا التعليل يعم الصورتين اعني المتفق عليها بان الخيار للمدعي وهي ما اذا كان كل من القاضيين في البلدة مفوضا له الحكم في عموم اهلها والمختلف فيها وهي ما اذا كان كل واحد يحكم في اهل محلة مثلا على حدة فكان يقتضي ان لا يكون الامام ابو يوسف مخـالفا للامام محمد في الصورة الثانية – وعلى هـذا تعليل قول الامام محمد بانه دافع للخصومة الخ يقال فيه ان كان بغير حق فما وجه ترجيح جانبه وان بحق يقتضي ان يكون مخالفا لابي يوسف في الصورتين ولم ار من نبه على هذا ولعل الخير الرملي لهذا اشار بالتأمل

ثم ان ظاهر عبارة المجلة ان الخيار للمدعى عليه على الاطلاق فتشمل الصورتين الآنفتين فباعتبار الصورة الثانية تكون ماشية على قول الامام محمد وباعتبار الصورة الاولى اعني المفوض لهما الحكم على العموم، يكون جعل الخيار للمدعى عليه لا ينطبق على قول الامام ابي يوسف حتى ولا على قول الامام محمد لانه يشترط في خيار المدعى عليه ان يكون كل منهما قاضيا في محلة على حدة لكن صح ذلك باعتبار ان القاضي وكيل عن السلطان . والقضاء كما تقدم يتقيد بالزمـان والمكان والاشخاص

والخصومات وفي تخصيص الخيار بالمدعى عليه يكون القاضى الاخر ممنوعا من سماع الدعوى في كل حال لعدم اختيار المدعى عليه اياه وعن هذا قال في الدر المختار من اوائل كتاب الدعوى ( ولو الولاية لقاضيين فاكثر على السواء فالعبرة للمدعي نعم لو امر السلطان باجابة المدعى عليه لزم اعتبار امره والعمل بـه لعزل من اختاره المـدعي عن الحكم بالنسبة الى هذه الدعوى )

اذا علمت هذا فابقاء مادة المجلة على اطلاقها اولى من حمل الشارح الفاضل اياها على المقيد لان المطلق كما تقرر في الاصول يجري على اطلاقه اذا تجرد عن العوارض والقرائن

المادة ١٨٠٤ - اذا عزل حاكم ولأجل عدم وصول خبر العزل اليه مدة قد كان استمع وفصل بعض الدعاوي في تلك المدة يكون حكمه صحيحا ولكن لا يصح حكمه الواقع بعد وصول خبر العزل اليه

وظيفة القضاء وكالة عن السلطان فعلى هذا

[ اذا عزل حـاكم ولعدم وصول خبر العزل اليه مدة كان قد استمع وفصل بعض الدعاوي في تلك المدة يكون حكمه صحيحا ]

لضرورة الناس الى ذلك ، ولان الانسلاخ عـما امر به قبل بلوغ المنع ليس في وسعه فيشترط لصحة عزله علمه بـه فـلا ينعزل قبله ويستحق المعلوم الى يوم بلوغ العزل . وهذا من قواعد الشرع الا ترى

ان خطاب الشارع لا يثبت في حق الامة الا بعد تبليغه كذا في التحرير انظر المادة ( ١٥٢٣ ) وبناء على لزوم العلم نقل في الهندية عن المحيط الوكيل اذا رد الوكالة ترتد اذا علم الموكل بالرد واما اذا لم يعلم فلا ترتد حتى ان من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل ثم قبل الوكالة صح قبوله وصار وكيلا

## [ لكن لا يصح حكمه الواقع بعد وصول خبر العزل اليه ]

لانه حال وصول خبر العزل اليه صار معزولا كأحد الرعية لا ينفذ حكمه - هذا ما مشت عليه المجلة وقال بعضهم يبقى قاضيا بعد وصول خبر العزل اليه الى ان يأتي خلفه وكما ان التعيين يصح منجزا ومعلقا فالعزل كذلك اذا كان تعليقها بشرط ملائم كما تقدم في شرح المادة ( ٨٢ )

افادت هذه المادة ان السلطان له ان يعزل القاضي ولو بدون ارتكاب ما يوجب عزله من فسق او خيانة وفي الدر المختار عن البزازية لو شرط عليه ان لا يرتشي ولا يشرب الخمر ولا يمتثل قول احد ولا يسمع خصومة زيد صح التقليد والشرط فان فعل شيئا من ذلك انعزل ولا يبطل قضاؤه فيما مضى ولا ينفذ قضاء القاضي في خصومة زيد قال في رد المحتار ويجب على السلطان ان يفصل قضيته ان اعتراه قضية - ولما كان القاضي لا ينعزل الا بالعزل فلو عين السلطان احدا الى بلدة فيها قاض بدون عزل الاول لا ينعزل الاول ويكون كل منهما قاضيا مستقلا في تلك البلدة كذا في تبصرة الحكام وفي قضاء جامع الفصولين لو قلد رجلا قضاء بلدة ثم بعد ايام قلد آخر ولم يتعرض لعزل الاول هل ينعزل بنصب الثاني ام لا فلكل منهما وجه والاظهر انه لا ينعزل

اقول لايخفى ان هذا غير العرف والعادة في زماننا فيقتضى عزل الاول بقرينة العرف والعادة

المادة ١٨٠٥ — للحاكم ان ينصب ويعزل النائب ان كان مأذونا بذلك والا فلا ولا ينعزل نائبه بعزله او وفاته راجع مادة ( ١٤٦٦ ) بناء عليه اذا توفي حاكم قضاء فلنائبه ان يستمع الدعاوي التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها الى ان يأتي حاكم غيره

( للحاكم ان ينصب ) وبعد النصب له ان يعزل

## النائب ان كان ماذونا بذلك

اي بالنصب والعزل وان مأذونا بالنصب فقط فله النصب لا العزل كما سيأتي [ والا ] اي وان لم يكن مأذونا اصلا ( فـلا ) يملك نصبا ولا عزلاً لا بعزر ولا بغيره في صحته ولا في مرضه ( فتح ) ثم الاذن يكون صريحا كول من شئت واعزل من شئت او دلالة نحـو جعلتك قاضي القضاة لان قاضي القضاة هو الذي يتولى امرهم نصبا وعزلا لكن لو استخلف غيره ولم يكن مأذونا بالاستخلاف وقضى الثاني بحضر من الاول فاجازه الاول جاز ، ان كان الثاني من اهل القضاء بان لم يكن عبدا ولا صبيا مثلا كما في الوكالة فـان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول او اجازه الاول جاز لانه حضر رأي الاول فان السلطان رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده عـلى علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي المستخلف بكسر الـلام او

اجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضيا به - فان قيل الاذن في الابتداء كالاجازة في الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه اجيب بالمنع اي منع المساواة بين الابتداء والانتهاء لان البقاء اسهل من الابتداء ( عناية ) قال في الفتح بخلاف المستعير فان له ان يعير بشرطه اي عدم الاختلاف باختلاف المستعمل لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في ان يعمل لغيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره لغيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه ، كان له ه‍ وبخلاف الوصي يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة ايضا لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز الوصي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعه الى رأيه [ ولا ينعزل بعزله او وفاته ] راجع المادة ١٤٦٦

## ولا ينعزل بعزله او وفاته

بناء عليه

[ اذا توفى حاكم قضاء او عزل فلنائبه ان يستمع الدعاوي التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها الى ان يأتي حاكم غيره

بل ويبقى نافذ الحكم بعد اتيانه الى ان ينعزل لانه نائب عن السلطان لا عن الذى استخلفه - الا اذا صرح السلطان بان خليفة الحاكم ينعزل بعزل الحاكم او موته فحينئذ ينعزل وفي الاشباه عن المحيط اذا عزل السلطان القاضي انعزل نائبه بخلاف ما اذا مات القاضي حيث لا ينعزل نائبه لكن في الحموي اكثر المشايخ على عدم

الفرق بين الموت والعزل وعليه مشت المجلة قال الزيلعي في شرح الكنز من الوكالة لا يملك القاضي الاستخلاف الا بأذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضي الاول ولا ينعزلان بموت الخليفة وهو المعتمد في المذهب . ولو كان مأذونا بالنصب فقط دون العزل ليس له ان يعزله بل ذلك للسلطان لانه صار في الحقيقة وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الاول

المادة ١٨٠٦ — للنائب ان يحكم بالبينة التي استمعها الحاكم وللحاكم ايضا ان يحكم بالبينة التي استمعها نائبه وهو انه اذا استمع الحاكم بينته في حق دعوى واخبر بها النائب فله ان يحكم باخبار الحاكم من دون ان يعيد البينة . والنائب المأذون بالحكم اذا استمع بينة في خصوص وانهى الى الحاكم، فله ان يحكم من دون ان يعيد البينة واما اذا كان ليس بمأذون بالحكم بل كان مأموراً باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف فقط فليس للحاكم ان يحكم بانهائه ويلزم ان يستمع البينة بالذات

( للنائب ) ويقال له الخليفة وهو الذي ولاه المأذون له بالاستخلاف

[ ان يحكم بالبينة التي استمعها الحاكم وللحاكم ايضا ان يحكم بالبينة التي استمعها نائبه ]

المأذون له بالحكم

[ وهو انه اذا استمع بينة في حق دعوى واخبر بهـا النائب فله ان يحكم باخبار الحاكم من دون ان يعيد البينة والنائب المأذون بالحكم اذا استمع بينة في خصوص وانهى الى الحاكم فله ان يحكم من دون ان يعيد البينة ]

وهي نظير كتاب القاضي في عمل كل بما يثبت عند الآخر وقد نقل الفاضل علي حيدر افندى عن واقعات المفتين انه على قول بعض الفقهاء يلزم اعادة البينة ولم اعثر على هذا الخلاف وليس عندي هـذا الكتاب والعهدة على الناقل وفي البحر عن ادب القاضي للصدر الشهيد النائب يقضي بما شهدوا عند الاصل وكذا الاصل يقضي بما شهدوا عند النائب — ولو ان الحاكم حكم لنائبه في حادثة وقعت له او بالعكس هـل يصح حكم كل منهما للآخر في البحر عن الملتقط القاضي اذا استخلف خليفة فقضى للقاضي لا يجـوز والطريق فيه ان يحكما او ينصب الامام قاضيا آخر لهذه الحادثة اه ثم نقل عن السراجية القاضي اذا وقعت له حادثة او لولده فاناب غيره وكان من اهل الانابة وتخاصما عنده وقضى لـه او لولده ، جاز ومثله في الانقرويه قال العلامـة الرملي فثبت ان في المسئلة قولين — وجه ما في السراجية ان الخليفة ليس نائبا عنه بل عن السلطان او العامة فانقطعت النسبة لكن في تعليقات ابن عابـدين عن الاشباه والنظائر انهم نواب القاضي في زماننا من كل وجه وعليه ينبغي ترجيح ما في الملتقط لمـا في قضائه له من التهمة اذ فعل النائب كفعله فصار كأنه قضى لنفسه ولم ار من رجح احد القولين — وفيه واما القاضي اذا قضى للامام الذي قلده القضاء او لولد الامام ، جاز قال العلامة الرملي وجهه ان القاضي نائب عن العامة كما في المحيط واذ كان كذلك فلم يكن فعله منسوبا اليه ومن قـال بان القاضي نائب عن السلطان فلعل وجهه

انحصار الطريق فيه اي لا مندوحة عنه اذ الحكم الذي ينصبه الامام لاجل الحكم بمنزلة القاضي المولى فلا طريق الى التحكيم فجاز ذلك فتحا لباب القضاء له وسيأتي ان الحكم من الامام بمنزلة القاضي ولم ار من حرر ذلك تأمل ( واما اذا كان ) اي النائب ( ليس بمأذون بالحكم ) من قبل الحاكم

[ بل كان مأمورا باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف فقط فليس للحاكم ان يحكم بانهائه ويلزم عليه ان يستمع البينة بالذات ]

في الهندية عن الخانية لو ان الامام قلد رجلا للقضاء واذن له بالاستخلاف فامر القاضي رجلا ليسمع الدعوى والشهادة في حادثة ويسئل عن الشهود ويسمع الاقرار ولا يحكم بذلك لكن يكتب الى القاضي وينهي اليه حتى يقضي القاضي بنفسه ، لم يكن لهذا الخليفة ان يحكم ، لانه مأذون بالاستماع فقط لا بالحكم فليس هو بقاض ينفذ حكمه وانما يفعل ما امره القاضي واذا رفع الامر الى القاضي فان القاضي لا يقضي بتلك الشهادة ولا بذلك الاقرار بل يجمع المدعي والمدعى عليه ويأمر باعادة البينة فاذا شهدوا بذلك بحضرة الخصمين فحينئذ يقضي القاضي بتلك الشهادة . قال وهذه مسئلة يغلط فيها القضاة فان القاضي يستخلف رجلا ليسمع الشهادة في حادثة ثم يكتب اليه بكتاب فيفعل الخليفة ذلك ثم يكتب الى القاضي انهم شهدوا عندي بكذا فيقضي القاضي بذلك من غير اعادة البينة عنده فلا يصح هذا القضاء لان القاضي لم يسمع ذلك الاقرار فكيف يقضي بتلك الشهادة وبذلك الاقرار باخبار الخليفة الا ان يشهد مع الخليفة آخر عند القاضي على اقراره ويكون فائدة هذا الاستخلاف ان ينظر الخليفة هل للمدعي شهود او

يكذب فلعل له شهودا الا انهم غير عدول وقد لا تتفق الفاظهم فيفوض القاضي بذلك النظر الى الخليفة .

واعلم ان ما ذكرته المجلة انما يجري بين القاضي وخليفته لا بين قاضيين احدهما معزول والآخر منصوب فلو ان قاضيا سمع الدعوى والشهادة فيها ثم عزل قبل الحكم لا يجوز لمن جاء بعده ان يبني الحكم على هذه الشهادة بدون ان يسمعها بل لا بد ان يجمع بين المدعي والمدعى عليه ويأمر باعادة البينة فاذا شهدوا بذلك بحضرة الخصمين فحينئذ يقضي بتلك الشهادة

المادة ١٨٠٧ — للحاكم في قضاء ان يستمع دعوى الاراضي التي هي في قضاء آخر ولكن يلزم بيان حدودها الشرعية على الوجه الذي ذكر في كتاب الدعوى .

( للحاكم في قضاء ) كحمص وقد وجد المدعي فيها سواء كان دمشقياً او حلبياً وجد مسافراً في حمص

[ ان لا يستمع دعوى الاراضي التي هي في قضاء آخر . ]

غير قضاء حمص الذى يحكم فيه اذ المولى على قضاء له ان يحكم على كل من كان فيه وطنياً كان ام غريباً والمراد بالاراضي ، دعوى ما ليس بمنقول ارضاً كان او عقاراً وهكذا هو الصحيح من قولين مشت عليه المجلة — وعبارة الهندية فيما يجوز فيه قضاء القاضي وما لا يجوز ( اذا قضى القاضي بعين في يدي رجل والمقضى به ليس في ولايته صح القضاء — ولكن لا يصح التسليم .

صورة المسئلة بخاري ادعى داراً على سمرقندي عند قاضي بخاري ، ان الدار التي في يديه بسمرقند في محلة كذا الى آخره ملكي وحقي وفي يديه بغير حق واقام بينة على دعواه فالقاضي يقضي بالدار للمدعي ويصح قضاؤه لان المقضى له والمقضى عليه حاضران الا ان التسليم لا يصح لان الدار ليست في ولايته فيكتب الى قاضي سمرقند لاجل التسليم اه ) .

اقول لا يخلو هذا التعليل من نظر لان الملكية اذا ثبتت وتقررت بصحة الحكم فالتسليم وان تعذر عليه لم لا يصح على فرض وقوعه برضى المحكوم عليه نعم انما يكتب لان الحاكم من حيث هو حاكم ليس له الا انشاء الحكم . واما قوة التنفيذ فامر زائد على كونه حاكما وفوق استطاعته خصوصاً والمحكوم به في ولاية اخرى فلا جرم انه يكتب لتعذر التسليم عليه لا لاجل صحته تامل [ ولكن ] في سماع الدعوى خارج ولايته [ يلزم ] من باب اولى

## [ بيان حدودها الشرعية على الوجه الذي ذكر في كتاب الدعوى والشهادة ] .

راجع شرح المادة ١٦٢٣ — واذا صح للحاكم ان يسمع دعوى عقار لا تحت ولايته فمن باب اولى دعوى الدين والمنقول كما لو ظفر حلبي بدمشقي وجد مسافراً في حلب وادعى عليه عند قاضي حلب ان الدابة التي في يده ملكه ، او ان له في ذمته كذا قرضاً تصح الدعوى والحكم وفي الهندية من الباب الثلاثين في نصب الوصي ( واذا ترك رجل مالا في البلدة التي مات فيها وورثته في بلدة اخرى فادعى عليه قوم حقوقاً واموالا هل ينصب القاضي عن الميت وصيا ليثبت الغرماء الديون والحقوق على الميت .

ذكر الخصاف رحمه الله تعالى في ادب القاضي في باب اثبات

الحقوق على الميت ان هذه البلدة ان كانت منقطعة عن تلك البلدة ولا تذهب العير من هنا الى ثمة يعني في الغالب فالقاضي ينصب عنه وصيا كذا في الذخيرة وان لم تكن منقطعة لا ينصب كذا في البزازية .

وذكر الخصاف رحمه الله تعالى في نفقاته في باب نفقة المرأة اذا مات الرجل ولم يوص الى احد وله اولاد صغار وكبار فالقاضي ينصب وصيا في ماله وقال شمس الائمة الحلواني وللقاضي ان ينصب الوصي في مال الميت في ثلاثة مواضع احدها ان يكون على الميت دين، او تكون الورثة صغاراً او يكون الميت اوصى بوصايا فينصب وصيا لينفذ وصاياه وانما ينصب الوصي في هذه المواضع وفيما عداها فلا - وما ذكر الخصاف رحمه الله تعالى في ادب القاضي لا يخالف ما ذكره شمس الائمة الحلواني لان المراد فيما ذكره شمس الائمة نصب الوصي لقضاء الدين والمراد مما ذكر الخصاف نصب الوصي لاثبات الدين - واذا نصب القاضي وصيا في تركة الايتام، والايتام في ولايته ولم تكن التركة في ولايته او كانت التركة في ولايته والايتام لم يكونوا في ولايته او كان بعض التركة في ولايته والبعض لم يكن في ولايته

حكى شمس الائمة انه قال يصح النصب على كل حال ويصير الوصي وصيا في جميع التركة اينما كانت التركة وقال القاضي ركن الاسلام علي السغدي ما كان من التركة في ولايته يصير وصيا فيه وما لا فلا كذا في المحيط .

القاضي اذا نصب متوليا في وقف ولم يكن الوقف والموقوف عليه في ولايته حكى عن شمس الائمة الحلواني رحمه الله تعالى انه اذا وقعت المطالبة في مجلسه صح النصب وقال القاضي ركن الاسلام علي السغدي لا يصح - فان كان الموقوف عليهم في ولايته فان كانوا طلبة العلم او اهل قرية او اناسا معدودين او كان خانا او رباطا او مسجداً ولم تكن الضيعة الموقوفة في ولايته فنصب متوليا .

قال شمس الائمة رحمه الله تعالى يصح ويعتبر التظالم والمرافعة وقال

ركن الاسلام ان لم يكن المقضى عليه حاضراً لا يصح النصب وان كان حاضراً يصح النصب كذا في الذخيرة

ومثله في الفصل الاول من الفصولين حيث قال لو نصب وصياً في تركة ايتام وهم في ولايته لا التركة او بالعكس او بعض التركة في ولايته لا بعضها قيل صح النصب على كل حال ويعتبر التظالم والاستعداء. اي بان كان لاشخاص ديون تتعلق بالتركة مثلا فيراجعون الحاكم لاثبات حقوقهم ، او يستعدون على رجل الى الحاكم ويدعون ان هذا مديون للميت بكذا يطلبون نصب وصي فهذا معنى التظالم والاستعداء. وهو المراجعة والطلب في ضمن دعوى يطلب فيها حقاً له فيصير وصياً في جميع التركة اينما كانت وعلى اليتيم اينما كان . ولو نصب متوليا في وقف ولم يكن الوقف والموقوف عليه ، قيل صح لو وقعت المطالبة في مجلسه ، وقيل لا يصح — ولو كان الموقوف عليه في ولايته بان كان طلبة علم او رباطا او مسجداً في مصره لا الوقف قيل يعتبر التظالم والاستعداء ، وقيل لو كان الموقوف عليه حاضراً جاز .

المادة ١٨٠٨ — يشترط ان لا يكون المحكوم له احداً من اصول الحاكم وفروعة وان لا يكون زوجته وشريكه في المال الذي سيحكم به واجيره الخاص ومن يتعيش بنفقته بناء عليه ليس للحاكم ان يسمع دعوى هؤلاء ويحكم له .

لان كل هذه المواضع يوجب التهمة وسواء كانت الشركة مفاوضة او عنانا . اعلم ان مبنى القضاء على الشهادة وقد تقدم في المادة ١٧٠٠ انه لا يصح للانسان ان يكون شاهداً لهؤلاء. فلا يصح ان يكون قاضياً لهم ويجوز ان يقضي عليهم لانه لو شهد عليهم جاز ، فكذا القضاء ( معين الحكام ) .

فالنفي في قوله ليس للحاكم الخ، منصب على المعطوف والمعطوف عليه معا بمعنى عدم جواز السماع والحكم لهم واما السماع مع الحكم عليهم اذا توجه فلا مانع — علم من هـذا انه بالاولى لا يجوز للقاضي ان يحكم لنفسه ففي تبصرة الحكام فـان كان له قبل احـد شيء او لاحد قبله شيء رفع ذلك الى غيره ووكل وكيلاً يخاصم عنه وان شاء خاصم ولم يوكل .

وفي الباب العشرين من قضاء الهندية عن المحيط ولا يجوز للقاضي ان يقضي لعبده ولا لمكاتبه ولا لعبد من لا تقبل شهادته لهم ولا لمكاتبهم — وكذلك لا يجوز له ان يقضي لشريكه شركة مفاوضة او شركة عنان اذا كانت الخصومة في مال هذه الشركة .

وفيها ولو مات رجل واوصى للقاضي بثلث ماله واوصى الى رجل آخر لم يجز قضاوءه للميت بشيء من الاشياء — وكذلك اذا كان القاضي احد ورثـة الميت لا يقضي للميت بشيء — وكذلك لو كان الموصى له ابن القاضي او امرأته او غيرهما ممن لا تقبـل شهادتـه لهم او كان عبـد هؤلاء .

وكذلك لو كان القاضي وكيل الوصي في ميراث الميت لان القضاء يقع له من حيث الظاهر . وكذلك لو كان للقاضي على الميت دين لا يجوز قضاوءه للميت بشيء . واذا وكل احـد الخصمين عبد القاضي او مكاتبه او بعض من لا تقبل شهادته له لا يجوز له ان يقضي الوكيل على خصمه لان القضاء يقع للوكيل من حيث الظاهر .

واذا وكل اي القاضي رجـلاً بالخصومة فاستقضى الوكيل اي جعله قاضياً فليس له اي للوكيل ان يقضي في ذلك لان القضاء يقع للوكيل من حيث الظاهر وليس له اي للقاضي ان يقيم وكيلاً من موكله لانه ان اقام بحكم القضاء كان هذا قضاء للغايب وان اقـام بحكم الوكالة فهذا اي القاضي وكيل ولم يقل له الموكل ما صنعت من شيء فهو جائز فان كان الموكل قال للقاضي ما صنعت من شي فهو جائز فوكل رجـلاً

بالخصومة جاز وليس له اي القاضي ان يقضي لهذا الوكيل - وفي الهندية ايضا بنوع تلخيص قال في الجامع الكبير اذا مات الرجل وله ديون على الناس بعضها على القاضي وبعضها على من لا تقبل شهادته له نحو امرأته وابنه فادعى رجل عند هذا القاضي ان الميت اوصى اليه فاعلم ان هنا ثلاث مسائل . احداها هذه والحكم فيها ان القاضي اذا قضى بوصايته صح قضاؤه استحسانا حتى لو قضى بعض من سمينا الدين الى هذا الوصي يبرأ ، ولو ان القاضي لم يقض له بالوصاية حتى قضى هو او بعض من سمينا الدين ثم قضى له بوصايتـه لا يصح قضاؤه حتى كان للورثة مطالبته بالدين .

المسئلة الثانية لو كان مكان دعوى الوصاية دعوى النسب في هذه المسئلة بان جاء رجل وادعى انه ابن الميت ووارثه واقام على ذلك بينة فقضى القاضي بنسبه ان كان القضاء بنسبه بعد قضاء الدين اليه لا ينفذ قضاؤه وان كان قبل قضاء الدين ينفذ .

المسئلة الثالثة اذا كان مكان دعوى الوصاية والنسب دعوى الوكالة بان غاب رب الدين ثم جاء رجل واقام بينة ان رب الدين وكله بقبض الدين الذي له على القاضي او على من سمينا من قرابته فقضى القاضي بوكالته لا يجوز سواء كان القضاء قبل دفع الدين اليه او بعد دفع الدين اه ، اي لان الوكالة لا تثبت قصدا بل في ضمن دعوى صحيحة .

كذلك لو حكم القاضي في غلة الوقف او في اصل الوقف وكانت الغلة او جزء منهـا مشروطة له لا يصح حكمه لعدمه صلاحيته ان يكون شاهداً في ذلك لما في الهندية شهد انه وقف عليهما او على احدهما او على اولادهما او على نسائهما او ابويهما او على قرابته وهما من القرابة او عـلى آل عباس وهما من آل عباس او على مواليه وهما من الموالي فالشهادة باطـلة وهكذا لو كان موقوفا عليه او على من لا تقبل شهادته له وحكم فحكمه باطل - فان لم يكن في البلدة حاكم غيره يرجع اليـه يجرى العمل توفيقا للمادة الآتيـة .

ج — ٦

المادة ١٨٠٩ - اذا كان لاحد دعوى مع حاكم بلدته او احد منسوبيه الذين ذكروا في المادة السابقة فان كان في تلك البلدة حاكم غيره تحاكما اليه وان لم يكن في تلك البلدة حاكم غيره تحاكما في حضور حكم نصباه برضاهما او في حضور نائب ذلك الحاكم ان كان ماذوناً بنصب النائب او في حضور حاكم البلدة المجاورة لبلدتهم فان لم يرض الطرفان باحدى هذه الصور استدعيا مولي من قبل السلطان .

[ اذا كان لاحد دعوى مع حاكم بلدته او احد منسوبيه الذين ذكروا في الماده السابقة فان كان في تلك البلدة حاكم غيره تحاكما اليه . ]

هذا احد الوسائل للمحاكمة مع القاضي او احد منسوبيه - لكن في هذه الصورة لا خيار لاحدهما بل الحاكم الآخر الذي في تلك البلدة يحضر المدعى عليه جبراً وعند الايجاب يحكم عليه غيابا

[ وان لم يكن في تلك البلدة حاكم ترافعا في حضور حاكم نصباه برضاهما . ]

هذه الفقرة لا جبر فيها بل يشترط رضى الطرفين في نصب الحكم

[ او في حضور نائب ذلك الحاكم ان كان . ]

اي الحاكم

ماذونا بنصب النائب

هندية وانقروية وهذه الصورة الثالثة يجبر فيها المدعى عليه وذلك لان الماذون له بالاستخلاف يكون من استخلفه مولى من قبل السلطان انظر المادة ١٨٠٥ مع شرحها

[ او في حضور حاكم البلدة المجاورة لبلدتهم ]

في هـذه الصورة لا يكون الا برضى الطرفين فلو راجع احدهما ذلك الحاكم وابى الآخر لا يجبر ولا يحكم عليه غيابا راجع المادة ١٨٠١ ثم لو اتفقا على مراجعته يحكم بينهما وليس له ان يقول لهما انكما من قضاء آخر ليس تحت ولايتي راجع شرح المادة ١٨٠٧

[ فان لم يرض الطرفان باحدى هـذه الصور استدعيا مولى من قبل السلطان . ]

الخلاصة ان هذه المادة ذكرت خمسة وجوه الاول والثالث لا يشترط فيهما رضى الطرفين وفيما عداهما يشترط . علم من هذا انه مع وجود قاض في البلدة قد يولي السلطان من يحكم في بعض القضايا اما

لملاحظة محذور يترتب على حكم ذلك القاضي او لمانع شرعي يمنع القاضي من الحكم وهو ان يكون المحكوم له ممن لا تجوز شهادته له كما في هذه المادة .

المادة ١٨١٠ — ينبغي للحاكم ان يراعي الاقدم فالاقدم في رؤية الدعوى ولكن اذا كان تعجيل دعوى ورودها مؤخر من ايجاب الحال والمصلحة يقدم رؤيتها .

لا فرق في مراعاة الاقدم فالاقدم بين الرفيع والوضيع ما لم تكن الدعوى من نحو غريب ومسافر فيقدمان على غيرهما دفعاً لما يلحقهما من الاذية في الانتظار .

وفي الزيلعي ويرتب الناس في الفصل على ترتيب مجيئهم فيبدأ بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك امينا يخبره ولا يجمع بين النساء والرجال في زحمة بل يجعل الرجال ناحية والنساء ناحية الا اذا كان لاحدهما دعوى على الآخر فيجلسان بين يديه وقت الدعوى اه

هذا اذا كثر الدعاوي وما امكن رؤيتها في يوم واحد . ولو كان لواحد منهم اكثر من دعوى واحدة وفي رؤية جميعها يتأخر غيره ليوم آخر فلا ينبغي استغراق ذلك اليوم في دعاويه وحده .

وفي الهندية عن الحاوي ويقدم النساء على حدة والرجال على حدة وان جعل للنساء يوما واحداً فهو استر لهن وفيها قال محمد رحمه الله تعالى الذي يرجع من ليله الى اهله بمنزلة المقيم ، والذي يبيت في غير اهله بمنزلة الغريب الا ان الغريب يعني المسافر اشد حالا واذا رأى التقديم لاجل الغربة لا يصدق في قوله اني غريب عازم على الرجوع الى وطني لكنه يسئله البينة على انه غريب هكذا روي عن محمد رحمه الله تعالى لكن لا تشترط العدالة في هذه الشهادة وشهادة المستور تكفي ومن اصحابنا

من قال يسئله مع من يريد السفر فيسئل الرفقة انهم متى يخرجون وان فلانا هل يخرج معهم فان قالوا نعم حينئذ يتحقق العذر - واذا اجتمع على باب القاضي ارباب الشهود والاعيان والغرباء والنساء فقدم القاضي ارباب الشهود فله ذلك وان قدم النساء فله ذلك .

المادة ١٨١١ - يجوز استفتاء الحاكم من غيره عند الحاجة .

*

في الدر المختار وحاشيته رد المحتار ما خلاصته اذا كان الحاكم مجتهداً واشكل عليه امر ولا رأي له فيه شاور العلماء مثله وحكم برأيهم ان اتفقوا وان اختلفوا نظر احسن اقاويلهم وحكم به وان حصل له رأي قبل الحكم حكم برأيه لان المجتهد لا يقلد غيره الا اذا اتهم رأيه وكان غيره في نظره افقه واورع فهو في سعة ان يترك رايه براي غيره هذا في المجتهدين .

ومثله في الحاكم والعلماء المقلدين فيما لم يصرحوا في الكتب ترجيحه واعتماده او اختلفوا في ترجيحه والا فالواجب اتباع ما اتفقوا على ترجيحه او كان ظاهر الرواية او قول الامام او نحو ذلك من مقتضيات الترجيح المذكورة في شرح المادة ١٨٠١ .

وقد تقدم في شرح المادتين ١٧٩٤ و ١٧٩٩ بيان اداب المفتي فلا حاجة الى الاعادة . وفي مجمع الانهر استقر راي الاصوليين على ان المفتي هو المجتهد واما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه ان يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة رضي الله عنه على طريق الحكاية فعرف ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي .

وطريق نقله لذلك عن المجتهد احد الامرين اما ان يكون له سند

فيه او ياخذه من مكان معروف تداولته الايـدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر وتمامه في البحر فليطالع — وصحح في السراج ان المفتي يفتي بقول الامام على الاطلاق ثم بقول ابي يوسف ثم بقول محمـد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير اذا لم يكن مجتهداً واذا اختلف مفتيـان يتبع قول الافقـه .

وفي المنح وان خالف ابا حنيفة صاحباه فان كان اختلافهم اختلاف عصر وزمان كالقضاء بظاهر العدالة ياخـذ بقول صاحبيه لتغير احوال الناس . وفي المزارعة والمعاملة ونحوهما يختار قولهما ويجوز للشاب الفتوى اذا كان حافظاً الروايات واقفـا على الدرايات محافظا على الطاعات مجانبا للشهوات والعالم كبير وان كان صغيراً والجاهل صغير وان كان كبيرا .

المادة ١٨١٢ — ينبغي للحاكم ان لا يتصدى للحكم اذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة التفكر كالغم والغصة والجوع وغلبة النوم .

للغضب درجات ثـلاث تفريط وافراط واعتدال الاولى والثانيـة مذمومتان والثالثة محمودة في موطنها الشرعية وللاشارة الى الثالثة قـال الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه من استغضب فلم يغضب فهو حمار ومحل الغضب القلب وهو حالة يغلي بها دم القلب بطلب الانتقام .

الاصل في هذا ما اخرجه في الجامع الصغير عن عبدالله بن عـدي الجرجاني قال صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضاء بين المسلمين فلا يقضي وهو غضبان وليسو بينهم في النظر والاشارة - اخذ منه الاصوليون ليس هو علة النهي لذاته بل لما يتضمنه من الدهشة الشاغلة ،

عن استيفاء الفكر وامعان النظر فالحقوا بـه الجائع والحاقن والناعس والمكتنظ شبها واضراب ذلك .

المادة ١٨١٣ — ينبغي للحاكم ان يدقق في اجراء المرافعات وان لا يوقع الامور في عقدة التأخير .

التدقيق في الدعوى ان يقف على اطرافها بالاستفسار من المدعي عن قيودها وشروطها فاذا تبين له صحتها يستجوب المدعى عليه فان اقر الزمه والا طلب من المدعي الاسباب الثبوتية ولا يعوق الحكم فيها راجع المادة ١٨٢٨ .

وفي الدر عن الاشباه لا يجوز للقاضي تاخير الحكم بعد شرائطه فلو اخر القضاء يأثم ويستحق العزل الا في ثلاث . الاولى اذا كان له ريبة في الشهود ومنها ثلاثة شهدوا عنده ثم قال احدهم قبل القضاء استغفر الله كذبت في شهادتي فسمعه القاضي بلا تعيين اشخصه فسئلهم فقالوا كلنا على شهادتنا فانه لا يقضي بشهادتهم ويخرجهم من عنده حتى ينظر في ذلك — الثانية لرجاء صلح اقارب وفي ط وكذا الاجانب لان القضاء يورث الضغينة فيحرز مها امكن .

وفي البيري عن خزانة الاكل اذا طمع القاضي في ارضاء الخصمين لا لا بأس بردهم ولا بنفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان ولا يردها اكثر من مرتين وان لم يطمع انفذ القضاء .

الثالثة اذا استمهل المدعي من القاضي حتى يحضر بينته فانه يمهله — وكذا اذا اقام البينة ثم ان المدعى عليـه استمهل من القاضي ان ياتى بالدفع فانه يجيبه ولا يعجل بالحكم اه . وهذا بعـد ان يسئله عن الدفع وكان صحيحاً فلو فاسداً لا يمهله ولا يلتفت اليه . وزاد البيري عن الخلاصة مسئلة اخرى يؤخر فيها ، اذا لم يعتمد على فتوى اهل مصره

فبعث الفتوى الى مصر آخر لايأثم بتأخير القضاء .

المادة ١٨١٤ - يضع الحاكم في المحكمة دفترا للسجلات ويقيد ويحرر في ذلك الدفتر الاعلامات والسندات التي يعطيها بصورة منتظمة سالمة عن الحيلة والفساد ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر واذا عزل سلم السجلات المذكورة الى خلفه اما بنفسه او بواسطة امينه .

هذه السجلات اقسام اربعة : الاول اعلامات الحكم وهي المتضمنة لدعوى المدعي واثباته وجواب المدعى عليه ودفعه والاسباب الثبوتية . الثاني نصب الاوصياء الثالث القيام في الاوقاف . الرابع تقدير النفقات والمراد بالسندات الحجج وهي غير الاعلامات ذات الحكم ولهذا عطفها على الاعلامات . وهي اي السندات تشتمل على انواع شتى من المعاملات الجارية بين الناس كالكفالة والحواله والدين والبيع القطعي والبيع بالوفاء وفكه والاجارة والاستدانة والهبة والوكالة والصلح واثبات الرشد وعقد المزارعة وعقد المساقاة والمضاربة ونصب الوصي والابراء ونفي الملك واضراب ذلك . وسميت سندات لانها يستدل بها ويستند اليها عند الحاجة ويعبر عنها بالحجج .

وقد وضع ارباب الفن في الصكوك نموذجا في كتب مخصوصة لتكون سالمة الروابط من الجرح والانتقاد وقد تعورف في الاعلامات ان توضع اشارة القاضي بالامضاء والختم في الاسفل وفي الحجج السائرة في في الاعلا . وكل من الاعلامات والسندات تسهيلا للمراجعة عند اللزوم تقيد في سجلاتها المخصوصة المحفوظة عند القاضي .

وفي الزيلعي ويكتب نسخة اخرى يعطيها الخصم لتكون مستندا له

عند الحاجة وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة او نقصان ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال في وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما كانت في يده لعمله وقد انتقل العمل الى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد العزل .

وكذا اذا كانت من مال الخصوم او من مال القاضي في الصحيح لان الخصوم وضعوها في يده لعمله — وكذا القاضي يحمل على انه عمل ذلك تديناً لا تمولا فيجب تسليمه اليه والجديد يتسلمها من المعزول اما بنفسه او بواسطة امينه · والواحد العدل يكفي والاثنان احوط — واما القاضي فلا يعمل بقوله كنت حكمت على فلان مثلاً قبل العزل لانه صار من افراد الرعية فلا يعتبر قوله وهل تقبل شهادته مع غيره بانه كان حال قضائه حكم بكذا — المستفاد من مادة ١٧٠٩ عدم القبول لانها شهادة على فعله .

## تنبيه

مفاد قول الزيلعي ليكون حجة عند الحاجة ومثله في الفتح، انه يجوز للجديد الاعتماد على سجل المعزول اه (رد المحتار — لكن علمت انه يشترط ان يكون سجل المعزول موافقاً للتعليمات التي نشرت في ٤ جمادي الاولى سنة ١٢٩٦ ليكون خاليا من شبهة التصنيع والتزوير .

المادة ١٨١٥ — يجري الحاكم المحاكمة علنا ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم ·

# يجري الحاكم المحاكمة علنا

اي لا يمنع احداً من الحضور لاستماع المحاكمة بين المتداعين لان المحاكمة العلنية ادعى للعدل وانفى للتهمة ولانه قد تمس الحاجة الى اثبات حكمه عند الانكار فيوجد من الناس من يشهد على حكمه

[ ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم ]

لان المحاكمة متى انتهت باستكمال شروط الحكم واسبابه لا يجوز له تاخيره كما في المادة ١٨٢٨ فربما بعد افشائه تعرض في المحاكمة اسباب تغير شكل المحاكمة فيعطى حكماً غير الذي افشاه وهذا داع للتهمة فيحترز عنه — لكن يقتضى ان يكون للمذاكرة والمشاورة خفياً فيخرج الناس من غرفة المحاكمة او ينسحب لغرفة اخرى لان المذاكرة العلنية فيما لو كان قاضٍ آخر مولى معه للاشتراك في الحكم او اقتضى له ان يشاور العلماء في قضية اعضلت عليه تزيل مهابة المجلس وتوجب اتهامه بالجهل (بدائع)

المادة ١٨١٦ — اذا اتى الطرفان الى حضور الحاكم لاجل المحاكمة يامر المدعي اولا بالتقرير وان كانت دعواه قد ضبطت تحريراً قبل الحضور يقرأ فيصدق مضمونها من المدعي ثم يطلب جواب المدعى عليه ثانيا وهو ان يسئله بقوله ان المدعى يدعي عليه بهذا الوجه فما تقول انت •

# [ اذ اتى الطرفان الى حضور الحاكم لاجل المحاكمة يامر المدعي اولاً بالتقرير ]

اي بيان دعواه هذا احد وجهين في اقامة الدعوى وذلك بان يحضر الطرفان امام القاضي ثم لا يلزمهما السلام على القاضي فان فعلا لا يلزمه رد السلام عليهما واما الشهود فيرمون السلام ويرد عليهم ( خانية )

وللمدعي ان يدعي بذاته او يحضر وكيلاً يسجل وكالته عند القاضي او يبرز حجة وكالة مصدقه من محل الجالي حسب الاصول - ولو احضر معه شخصاً وقال هذا وكيل فلان الغائب ولي في ذمته كذا والشخص يقر له بالوكالة لا يصح اقراره ولو اقام بمواجهته بينةً على ثبوت حقه لا تقبل فان ذلك يكون قضاء على الغائب ( خانية ) ثم اذا امره القاضي بتقرير دعواه فهنا صور ثلاث

الاولى ان يجدد دعواه من اصلها باطلة غير قابلة للتصحيح وضابطها ان لا يلزم بها شي على الخصم ، يردها ولا يستوجب المدعى عليه كما لو ادعى ان فلاناً قريبي وكل في اموره فلاناً الاجنبي ولقرابتي له انا احق بالوكالة اطلب اجباره على توكيلي او ان فلانا باعني دابة فيها عيب وبعد قبضي واطلاعي على العيب رضيت به واستعملتها والآن رجعت عن رضاي اطلب فسخ البيع بالعيب ، او ان فلانا وهبني كذا ثم قبل ان اقبض رجع عن هبته فاطلب تسليمي اياها يردها قبل استجواب الخصم

الثانية ان يرى دعواه صحيحة موافقة للشروط المذكورة في كتاب الدعوى وحينئذ يستجوب خصمه ويقول ان فلانا يدعي عليك بكذا فماذا تقول ولا يطلب من المدعي الاسباب الثبوتية قبل الاستجواب اذ لايخلو المدعى عليه من ان يقر فيحكم عليه بسبب الاقرار اوينكر فيحكم عليه بسبب البينة وبينهما فرق لا يخفى كما في الدر المختار من باب الاستحقاق وخلافه .

الثالثة ان يجد في دعواه فساداً قابلا للتصحيح فهذا ان كان ناشئاً عن تساهل في ترك قيد او شرط فالقاضي يسئل المدعي عنه كما لو كان المدعى به عقاراً وترك حدوده او طلب الرجوع في هبته ولم يبين انها لم تزل قائمة في يد الموهوب له مثلا فان اتم بيانه سئل الخصم — وان لم يكن من هذا القبيل كدعواه انه استقرض مني مقداراً من الدنانير لا اعلم كميتها فالقاضي يصرف النظر عن الدعوى حتى يعين لعدم صحة الدعوى بالمجهول لان فائدة الدعوى القضاء بها ولا يقضى بالمجهول فلا تصح الدعوى ويستثنى من ذلك دعوى الرهن والغصب والوصية والاقرار والابراء راجعها من كتاب الدعوى — الوجه الثاني في اقامة الدعوى ما هو الجاري في زماننا بطريق الكتابة واليه اشارت المجلة بقولها .

[ وان كانت دعواه قد ضبطت تحريراً قبل الحضور ]

اي المدعي والمدعى عليه امام القاضي وهذه الدعوى تحريرية لا شفاهية .

[ يقرأ فيصدق مضمونها من المدعي ]

فيذيلها بالتصديق بامضائه او ختمه المعروفين وهنا ايضا لا تخلو الدعوى عن احد الصور الثلاث المتقدمة ففي الصورة الثانية يستقصيها

[ ثم يطلب جواب المدعى عليه ثانياً ]

اي هذا ثاني العمل بعد القراءة والتصديق [ وهو ان يساله ] بقوله

[ ان المدعي يدعي عليك بهذا الوجه فما تقول انت ]

واعلم ان اهم العمل الذي يحترص به لحقوق العباد الاعتناء والدقة في تحرير كلامي المدعي والمدعى عليه واخذ خلاصته مطابقاً لماهية المقصد غير مغموس بمعنى آخر يضر احد الطرفين فكم من فرق بين لفظ ولفظ ومعنى ومعنى خصوصاً اذا كان المتداعيان من عامة الناس او من بعض اهل السواد لا يفهمون دقائق الالفاظ والمعاني ولا يتنبهون لتحريف كلمة او تبديلها باخرى مما يذهب بروح دعواه ولينظر الى عرفهم وعاداتهم في استعمال الالفاظ وهذا يقع كثيراً كما لو ادعى رجل على آخر باني قد اودعتك في مكان كذا الوديعة الفلانية فاطلبها فاجابه المدعى عليه منكراً للايداع وقال ما اودعتني شيئاً اصلا فبدل الكاتب انكار الايداع بانكار الوديعة وكتب ( انكر الوديعة ) فانه يتضرر المدعي وذلك لانه اذا اقام المدعي بينة على الايداع تقبل بينة المدعى عليه انه رد الوديعة وهذا بسبب كتابة الكاتب ونسيان الحقيقة لعدم التناقض بين جحود الوديعة ودعوى ردها بخلاف ما لو ادعى ردها بعد جحود الايداع لا يقبل للتناقض وكذا لو كان جواب المدعى عليه انكار الوديعة بان قال مالك عندي وديعة اصلا فقيد الكاتب بدل هذا الجواب ( انكر الايداع ) لا تقبل منه البينة على انه ردها للتناقض بين انكار الايداع ودعوى ردها فيتضرر المدعى عليه — وعلى هذا الاعتناء بضبط شهادة الشهود

﴿ لاحقـه ﴾

اذا كانت الدعوى تتعلق في الفروج فبمجرد الدعوى لا تكون الحيلولة الا بالبرهان — ففي الهندية اذا ادعت المراة الطلاق على زوجها

وطلبت من القاضي ان يضعها على يدي عدل حتى تاتي بالشاهد الآخر ينظر ان كان الطلاق رجعيا لا يحول بينها وبين الزوج لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح . وان كان الطلاق بائناً ان قالت المرأة شاهدي الآخر غايب وليس في المصر فكذلك الجواب لا يحول بينهما وبين الزوج وان قالت شاهدي الاخر في المصر ان كان الشاهد الحاضر فاسقاً فكذلك الجواب لا يحول بينها وبين زوجها لان شهادة الفاسق ليست بحجة اصلا لا في حق الله تعالى ولا في حق العبد فصار وجودها والعدم بمنزلة — فاما اذا كان عدلا فالقاضي يؤجلها ثلاثة ايام وان حال بينها وبين زوجها فحسن هكذا ذكر في الاصل وذكر في الجامع بخلافه قال في الجامع اذا شهد واحد عدل فالقاضي يمنع الزوج عن الدخول عليها استحساناً واما اذا اقامت شاهدين شهدا على الطلاق البائن او على الثلاث لم يذكر هذا الفصل في الاصل وذكر في الجامع ان القاضي يمنع الزوج من الدخول عليها والخلوة معها ما دام مشغولا بتزكية الشهود وهذا استحسان ولا يخرجها القاضي من منزل زوجها ولكن يجعل القاضي معها امراة امينة تمنع الزوج من الدخول عليها وان كان الزوج عدلا ونفقه الامنية في بيت المال فان زكيت الشهود فرق بينها والا ردت المرأة على الزوج فان طالت المدة وطلبت من القاضي ان يفرض لها النفقة او كانت لها نفقة مفروضة لكل شهر فالقاضي يفرض لها النفقة ويامر الزوج باعطاء المفروض ولكن انما يفرض لها نفقة مدة العدة لا غير فاذا اخذت قدر نفقة العدة ان عدل الشهود سلم لها ما اخذت وان ردت الشهادة وردت المراة على زوجها رجع الزوج عليها بما اخذته كذا في الذخيرة .

وفيها اذا كان المدعى به منقولا وطلب المدعي من القاضي ان يضعه على يدي عدل ولم يكتف باعطاء المدعى عليه كفيلا بنفسه وبنفس المدعى به فان كان عدلا فالقاضي لا يجيبه وان كان فاسقا اجابه كذا في المحيط .
لو ادعى عقارا في يدي رجل واقام بينة لا يامره القاضي بالوضع على يدي عدل ولا بالكفيل به الا ان يكون ارضا فيها شجر فيه ثمر فيوضع

على يدي عدل .

المادة ١٨١٧ — ان اقر المدعى عليه الزمه الحاكم باقراره وان انكر طلب البينة من المدعي .

اعلم ان الاقرار هو بنفسه حجة لا يحتاج الى تاييده بالحكم بل القاضي يلزم المقر بما اقر به الزاما وللمقر ولاية على نفسه فيقتصر عليه — بخلاف ما سياتي في المادة بعدها فان الحق اذا ظهر بالبينة فلا بد من تقويتها بحكم القاضي فان البينة بنفسها ليست حجة لكونها خبرا يحتمل الصدق والكذب فلا تصير حجة الا بقضاء القاضي المسقط لاحتمال الكذب وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة ( رد المحتار عن الزيلعي ) ولما كان الاقرار حجة بنفسه لا للشهادة اشترط لها مجلس القضاء دون الاقرار فيثبت الاقرار بالشهادة على المقر انه اقر في غير مجلس القضاء ولا تثبت الشهادة بالشهادة على الشهود انهم شهدوا في غير مجلسه — الا اذا كان الشهود انابوهم عنهم وحملوهم شهادتهم ليشهدوا بها امام القاضي عند تحقق العجز عن حضور الاصل بموت او مرض او غيبة ( مبسوط ) لانهم بالتحمل خلف عن الاصل ، والا في كتاب القاضي الى القاضي كما سياتي وقد ذكر الفاضل علي حيدر افندى في هذا المحل ان المدعى عليه لو اقر في مجلس الحاكم فحكم عليه الزاما باقراره ثم ادعى انه كان كاذبا في الاقرار لا يلتفت اليه واذا ادعاه قبل الحكم فله تحليف المدعي انه ليس كاذبا وعلله بان اقراره يحتمل الصدق والكذب في مجلس القاضي كاحتماله في غيره وعزاه للخيرية وليس فيها هذا التعليل بل فيها بعد ان افتى بالتحليف قال لانه قول ابي يوسف واختاره المتاخرون وعليه مادة ١٥٨٩ لكن لا لان الاقرار ليس حجة في نفسه بل لما شاهده كثير لما ابتلي بالقضاء ان المديون قد يقر اولا لياخذ الدين من الدائن ثم لا ياخذه

وصرحوا بان قول ابي يوسف استحسان والقياس لا يسمع منه ولا يحلف للتناقض – وهكذا ينبغي ان يعلل حتى وفي تعليله هذا قد ناقض كلامه قبل اسطر بان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي بخلاف البينة ٠ والامر كذلك لان البالغ العاقل المكلف يستبعد النظر عادة ان يلزم نفسه بما هو ضرر عليه بالاقرار كاذبا .

## [ وان انكر طلب البينة من المدعي ]

فيه اشارة الى ان جنس البينات في جانب المدعين والايمان في جانب المدعى عليهم فلا ترد اليمين على المدعي عند نكول المدعى عليه عند ائمتنا وحجتهم قوله عليه السلام في حديث الحضرمي والكندي للمدعي منهما الك بينة قال لا قال عليه الصلاة والسلام لك يمين فقال يحلف ولا يبالي فقال صلوات الله عليه ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه – يستوي فيما ذكرنا انواع الاملاك وصنوف المدعين من حر او عبد مسلم او ذمي مستأمن او مرتد ( مبسوط ) وتمامه هناك وبما ان الحق في اليمين مرتب على العجز من البينة فلو قال المدعي لي بينة حاضرة في المجلس لا يحلف بالاتفاق وتسمع البينة – وان خارج المصر مدة السفر يحلف اتفاقا وان في المصر فعند الامام الاعظم لا يحلف خلافا لابي يوسف ٠ والامام محمد مع ابي حنيفة فيما ذكر الخصاف ومع ابي يوسف فيما ذكره الطحاوي – واما اذا كانوا مرضى في المصر ظاهر ما في خزانة المفتين يحلف فانه قال الاستحلاف يجري في الدعاوي اذا انكر المدعى عليه ويقول المدعي لا شهود لي او شهودي مرضى او غيب ( بحر من كتاب الدعوى )

ثم ان قول المجلة ( وان انكر الخ ) لبيان الطريقة في العمل القضائي لان المدعى عليه يسوغ له الانكار مطلقا بل يجب عليه الاقرار ان كان ما يدعيه عليه حقا وله الانكار ان كان باطلا – ثم اذا اجتمع لاقرار والبينة هل يكون الحكم بالاقرار ام بالبينة فيه اختلاف المشايخ

والا ظهر الاول لما في البحر عن الفصولين لو برهن المدعي ثم اقر المدعى عليه بالملك يقضي له بالاقرار لا بالبينة الا اذا تحققت حاجة الخصم الى الحكم بالبينة فيحكم بها دفعا للضرر عنه حتى ويسوغ له الانكار .

وهذا في مسائل منها استحق المبيع في يد المشتري يعذر في الانكار وان علم صدق المدعي اذ لو اقر لا يرجع هو على بائعه بالثمن ولو اجتمع هنا الاقرار والبينة يحكم القاضي بالبينة دفعاً للضرر عنه . ومنها دعوى الرد بالعيب كما لو اراد المشتري رد المبيع على بائعه بعيب قديم فالبائع وان كان يعلم ينكره ليسوغ له الرد على بائعه اذا ثبت بالبينة . ومنها ادعى على احد الورثة بدين على الميت فاذا اقر يلزمه من حصته فقط كما في المادة ١٦٤٢ واذا انكر وحكم بالبينة يسري على سائر الورثة فينكر لحاجة دفع الضرر عنه .

وقد توجد مسائل لا يعمل فيها بالاقرار اصلاً ولا بد فيها من البينة ترجع الى قاعدة ذكروها وهي ان كل من اقر بشيء لا يلزمه لا يحلف عليه اذا انكره ولها فروع تبلغ نيفا واربعين ذكرها العلائي في آخر كتاب الوقف وقدمناها في شرح المادة ١٦٣٤ فهذه لا بد فيها من البينة ولا يعمل فيها باقرار وهي ليست مما نحن فيه مثلاً الصغير والصغيرة والمجنون والمعتوه لا يصح اقرار اوليائهم واوصيائهم بدين عليهم بل لا بد من البينة لانه اقرار على الغير. راجع المادة ١٥٧٣ فهذه المسئلة و اشباهها ذكرها حيدر افندي مع مسائل الاستحقاق والرد بالعيب التي لولا الحاجة لدفع الضرر لحكم فيها بالاقرار مع ان الاقرار في هذه كالعدم لا يجوز الحكم به منفرداً .

ولما كان ما تقدم من البينات وسماعها وقبولها وحكم القاضي بمقتضاها يتعلق بقاض واحد يسمعها في مجلسه وعلى مقتضاها يحكم بحضور الخصمين وهذا يتحقق بقاض واحد اردنا ان نلحق به ما لا يتحقق الا بقاضيين وهو كتاب القاضي الى القاضي تتميا للفائدة قال في فتح القدير فهو كالمركب بالنسبة الى ما قبله

ج-٦

# باب

## - في بيان احكام كتاب القاضي -

## ويحتوي على مقدمة وشروط تتعلق بالقاضي الكاتب وشروط تتعلق بالمكتوب اليه وبيان وجه شرعيته

اعلم اولا ان الحكم على الغائب لا يجوز عندنا فلا بد من حضوره بنفسه امام القاضي او وكيل عنه ولو مسخراً وهو من بنصبه القاضي اذا توارى الاصيل ولم يجب دعوة القاضي ، وهو موجود في ولايته حكمه وتعذر احضاره كما سيأتي في مادة ١٨٣٤ فالغائب قسمان اما هذا واما ان يكون متغيباً عن وطنه كاطناً في بلدة اخرى تحت ولاية قاض اخر فراراً من الدعوى او لمصالح ذاتية فان كان الاول يسمع القاضي الشهادة على وكيله او الوكيل المسخر ويحكم عليه كما في المادة ١٨٣٢ فاذا مست الحاجة يكتب بحكمه هذا الى قاض آخر لاجل التنفيذ ويقال لهذا الحكم سجل لان السجل لا يكون الا عند الحكم ويسمى في زماننا اعلاما وان كان الثاني يحضر المدعي شهوده امام القاضي فان شهدوا له بما يدعي وظهرت للقاضي عدالتهم بعد التزكية يطلب المدعي من القاضي ارسال كتاب الى قاضي تلك البلدة التي فيها خصمه ليحكم له المكتوب اليه على خصمه بحضوره فيكتب القاضي الذي سمع شهوده كتابا بالشروط الاتي ذكرها وهذا يسمى بالكتاب الحكمي باعتبار ما يؤول اليه لانه يكون ملزما لحكم القاضي . والفرق ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه لا يسعه الا التنفيذ وافق رأيه

او خالفه لاتصال الحكم به

واما الثاني فان وافق رايه ان كان مجتهدا او مذهبه ان كان مقلدا نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به . وهو نقل الشهادة في الحقيقة الا انه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم ( عبد الحلم وشرنبلالي عن التبيين )

وجاز في الكتاب الحكمي نقل شهادة شاهد واحد بل شهادة امراة او شهادة على شهادة لما ان الاحتياج الى الكتاب ضرورة تعذر الجمع بين الخصم وشهوده فكذلك يحتاج الى شطر الشهادة او وصفه لان الانسان ربما يكون بعض شهوده في هذا البلد وبعض آخر في بلد آخر فيجوز الكتاب كما وجد الى ان يبلغ الى كمال النصاب ( عبد الحليم على الدرر )

# فصل

## - في وجه ثبوته -

قال في الفتح العمل بكتاب القاضي الى القاضي استحسان على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو اخبر قاضي البلدة الاخرى وانه ثبت عنده بينته قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابه اولى ان لا يعمل به ، لان الكتاب فيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس

الى ذلك اه .

اي والحاجة تنزل منزلة الضرورة كما في مادة ( ٣٢ ) لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز ان يشهدوا على شهادة الاصول ويؤدونها عند القاضي المكتوب اليه فلا حاجة حينئذ لان نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي المكتوب اليه الى تعديل الاصول . وقد يتعذر ذلك في بلده لعدم وجود من يخبر احوالهم وبالكتاب يستغني من ذلك لان الكاتب وهو القاضي الاول يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده فوجه ثبوته بالاستحسان ، انه يشبه الشهادة على الشاهد لاتحاد المناط اي العلة وهي تعذر الجمع بين الشهود والخصم — فكما تجوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق الناس — فكذلك جواز كتاب القاضي ولا يراد بالشاهد القياس لان الشهادة على الشهادة ثبت استحسانا ايضا والقياس ياباها لانها عبادة بدنية لزمت الاصل . والنيابات لا تجري في العبادات وما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان ( بناية على الهداية )

# فصل

## [ في بيان شروط كتاب القاضي إلى القاضي وهي شروط يتوقف عليها جواز العمل بكتاب القاضي منها ما يتعلق بالكاتب ومنها ما يتعلق بالمكتوب اليه ]

فالاول يشترط العلوم الخمسة بان يكون الكتاب من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم اي الكاتب والمكتوب اليه والمدعى به

بان يبين جنسه ونوعه وقدره ووصفه انظر المادة ١٦٢٣ واذا كان عقاراً يذكر موقعه وبيان حدوده ولا فرق بين ان يكون في بلدة الكاتب او المكتوب اليه او غيرها انظر المادة ١٨٠٧ . والمدعي والمدعى عليه واعلام كل من هؤلاء وشهود الاصل يكون بذكر اسمه واسم ابيه وجده او قبيلته لان اعلام الانسان اذا كان غائباً يكون بهذه الاشياء . فلو لم يذكر اسم ابيه وجده لا يحصل التعريف بالاتفاق ( بناية على الهداية ) . وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته او فخذه فقال فلان التميمي او الكوفي او ما اشبه ذلك لا يكون تعريفا ايضاً بالاتفاق وان كان مشهوراً لا يحتاج الى هذا .

الثاني ان تكون المسافة بين القاضيين مدة سفر كالشهادة على الشهادة فعلى هذا اذا كتب لقاض آخر فيما دون مدة السفر لا يجوز العمل به .

وحكى الطحاوي عن ابي حنيفه واصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وجوز ابو يوسف في الكتاب الحكمي ان تكون المسافة بحيث لا يمكن للشاهد اذا اتى للشهادة ان يرجع الى بيته آخر نهاره وجوزه محمد ولو في بلدة واحدة اذا كان فيها قاضيان يحكم كل منهما في جهة معينة منها .

الثالث ان يكون الكتاب الحكمي من حاكم منصوب من قبل المحكم .

الرابع ان يكون القاضي الكاتب على قضائه الى ان يمضي امر الكتاب فلو انه مات او عزل او خرج عن اهلية القضاء بجنون او عمى قبل ان يصل الى المكتوب اليه بطل الكتاب .

الخامس ان يكون معنونا من داخله نحو ان يكتب من فلان الفلاني قاضي بلدة كذا الى فلان الفلاني قاضي بلدة كذا .

وفي رد المحتار يكفي ان يكتب الى قاضي بلدة كذا اذا لم يكن فيها حاكم غيره لحصول التعريف .

السادس يلزم وضع تاريخ الكتاب ليعلم المكتوب اليه ان الكاتب

هل كان قاضيا حين كتب الكاتب ام لا .

السابع لا يكون كتابه مقبولا عند المكتوب اليه الا بنصاب الشهادة رجلين او رجل وامراتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة -

الثامن يجب على القاضي الكاتب ان يقرا الكتاب على الشهود الذين يحملونه او يُعلم ما فيه لانه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كالشهادة بان هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد مالم يشهدوا بما تضمنه ولم يشترط ابو يوسف العنوان في الباطن ولا القراءة على الشهود ويكفي ان يشهدهم بان هذا كتابه وختمه ومن ابي يوسف ايضا ان الختم ليس بشرط — رخص ذلك لما ابتلى بالقضاء وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي قال في الفتح ولا شك عندي في صحته فان الفرض اذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضر انه مختوم مع شهادتهم انه كتابه - نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي ان يشترط الختم لاحتمال التغيير الا ان يشهدوا بما فيه حفظاً بان يبينوا ما فيه للمكتوب اليه مفصلا فلا يضر كونه مع المدعي وهو غير مختوم وما قالاه احتياط وما قاله ابو يوسف توسع ويكتب هذا ويقول بعد الحمد والسلام . اما بعد فان رجلا اتاني يقال له فلان بن فلان الفلاني وذكر ان له حقا على رجل يقال له فلان ابن فلان الفلاني كذا وكذا درهما حالا وسئلني ان احلفه بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيْ منها وحلفته فحلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البينة عندي ولا قبضه وكيل له ولا احاله وله قبضه له قابض وانها له عليه فسئلني ان اكتب له كتاباً بما استقر عندي من ذلك فكتبت له هذا الكتاب واشهدت عليه شهودا انه كتابي وختمي وقرائته على الشهود ثم يطوي الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو اوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من قاضي كورة كذا الى قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي لكن تعارفوا في زماننا على وضع العنوان في ظاهر الكتاب ولا

تنسى ماقاله ابو يوسف لن الاشهـاد على انه كتابة بدون قراءة على الشهود ويكفي . التاسع لا يكون الا في حقوق العباد وهو ما لا يسقط بالشبهـات قال في العناية ويندرج في الحقوق الدين والنكـاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة — وفي شرح الملتقى وكذا الشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل الذي يوجب المال — من كل حق هو بمعنى الفعـل يعرف بالوصف ولا يحتاج فيـه الى الاشارة . ولا يقبـل في الاعيان المنقولة كالثوب ونحوه — بان لدعى رجل نكاحا على امراة وبالعكس — والنسب بان ادعى نسباً من — الميت والمغصوب بان ادعى غصبا على رجل — والامانة المجحودة بان ادعاها على المودع الجاحد وكذا المضاربة المجحودة — وانما قيدنا بالجحد فيهما لان المودع والمضارب الغائبين لو كانا مقرين للمدعي لا حاجة الى كتاب القاضي — وعلى هذا الطلاق بان ادعت امراة على زوجها الغائب فهذه الاشياء كلها بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة . فان قيل لا نسلم عدم الاحتياج الى الاشارة فيما سوى الدين فان الشاهد يحتاج ان يشير الى الرجل والمراة عند دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الامانة والمغصوب فكيف يجوز فيها كتاب القاضي ولا بد من الاشارة اليها في الدعوى — قلنا لا بل النكاح ونظائره المذكورة لاتحتـاج الى الاشارة لان دعوى المدعي هي النكاح لا نفس المراة — وكذلك نظائره لانها من الافعال وهي فعل الغصب والايداع وعقد المضاربة والنكاح وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى المتداعيين اه . ملخصاً من البناية والعناية وعن محمد قبوله في كل ما ينقل ويحول وعليه المتاخرون وعمل الفقهاء اليوم على التجويز في الكل

العاشر لا يعمل بكتاب القاضي اذا كان في مسائل لا تتوجه فيها الخصومة على المدعى عليه كما لو تقدم رجل الى القاضي وقال ان فلان بن فلان بن فلان الفلاني الكائن في بلدة كذا كان له علي كذا وكذا درهما وقد اوفيته اياها او ابراني منها اريد القدوم اليها ويحتمل ان يتعرض لي هناك وعندي على ذلك شهود فاسمعها لي واكتب بذلك الكتاب الحكمي الى

قاضي البلدة لا يجيبه لعدم صحة الدعوى ولو قال انه منكر للايفاء او الابراء ويطلب مني ما يدعيه فاريد اثبات دفع الدعوى اجابه بالاجماع . وكذا اذا ادعى ان الشفيع الغائب سلم الشفعة واقام بينة وطلب ان يكتب له هو على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد - وكذا امراة ادعت الطلاق على زوجها الغائب واشهدت وطلبت الكتاب هو على هذا الخلاف ايضا . ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت باخر واخاف ان ينكر الطلاق فاحضرته وقالت للقاضي سله حتى اذا انكر اقمت عليه البينة فالقاضي يسئله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط - كذلك لو كفل زيد عمراً بادنه بدين عليه لبكر فاداه الكفيل عن زمة عمرو المديون ثم قبل الرجوع عليه بما اداه تغيب عمرو المكفول مدة السفر فاحضر زيد بينته للقاضي وطلب منه كتابا في اثبات ذلك ليحصله من المديون يجيبه .

الحادي عشر ان يكون صدور الكتاب من مجلس حكمه لان كلامه في غير مجلس حكمه ككلام احد الرعايا ولهذا فرق في الهداية بين كتاب القاضي الى القاضي ورسوله اليه بان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة - واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع اي موضع المرسل اليه ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الناس - وقال ايضاً في كيفية شهادة الشهود على انه كتاب القاضي ان يشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراءه علينا -

واما ما يتعلق بالمكتوب اليه ففي شرح العناية عن المحيط لو قبل المكتوب اليه الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على ان هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه لان الكتاب في المعنى بمنزلة الشهادة على الشهادة لان القاضي ينقل الفاظ الشهود بكتابه

الى المكتوب اليه فالشهادة عليه كذلك لا تكون الا بحضرة الخصم
وفيه ايضا الاولى ان يكون الفتح بحضرة الخصم وان فتح بغير محضر منه جاز – قال في الفتح وترتيب الحال اي الكيفية انه اذا وصل المدعي الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان انكر قال للمدعي هل لك حجة فان قال معي كتاب القاضي اليك طالبه بالبينة على انه كتاب القاضي فاذا حضروا احضر خصمه ان لم يكن حاضرا فيشهدون بحضرته انه كتاب القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا على قول ابي حنيفة ومحمد وحينئذ افتكه وقراه عليه وقد اختلف لفتح الكتاب في لزوم تعديل هؤلاء الشهود وقدمه في الهداية : لم يشترط الامام محمد في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة – ثم بعد هذا يقول القاضي للخصم الك حجة اي دفع والا قضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها – وان قال لست فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر قال له هات بينة ان في هذه الصناعة او القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما تنتسب اليه والا الزمتك ما شهد به الشهود فان جاء ببينة على ان في تلك القبيلة او الصناعة من ينتسب بمثل ما نسب اليه ابطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة او الصناعة احد على اسمه او اسم ابيه قضى عليه – اقول جميع ما جاء في شهادة الشهود انه كتاب القاضي قراه علينا الخ هذا كان في زمانهم واما في زماننا فما الحاجة اليه فانه اذا سلم القاضي كتابه المختوم عليه الى دائرة البريد اي البوسطة ولا علم لها فيه ولا غرض وعهد اليها تسليمه الى المكتوب اليه كما هو العادة يدا بيد واخذ امضاء منه بوصوله ليده اليس هذا يوثق به كشهادة الشهود بل اوثق في سلامته من شبهة التصنيع والتزوير ولا ينكر تغير الاحكام بتبدل الازمان كما في المادة ٣٩

7 — 2

## فرع

في الفتح لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلده فهرب الى بلدة اخرى كان للقاضي المكتوب اليه ان يكتب الى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي فكما جوزنا للاول الكتابة تجوز للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم -

الشرط الثاني ان المكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا بقي الكاتب على قضائه الى زمن قراءة المكتوب اليه حتى لو مات او عزل او جن او ارتد والعياذ بالله تعالى او لحق بدار الحرب او خرج عن اهليته بفسق وقد تولى وهو عدل بطل كتابه - وقال ابو يوسف يعمل به لان كتابة القاضي الى القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع فانه لا يمنع القضاء - وحاصل الجواب في الذخيرة عن ابي حنيفة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقراء لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي ولا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وكذا لو مات المكتوب اليه بطل الكتاب الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له - اي الذي صار تبعا معلوم بمعلوميته بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه لانه غير معرف - واجازه ابو يوسف وهو مذهب الشافعي لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصارت قصديته وتبعيته سواء واستوجهه في الفتح فانه حين ابتلي بالقضاء

وسع كثيراً تسهيلا على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامـه .

## مسـئلة

قال في الدرر ادعى على غائب واراد ان يبعث وكيله لتحصيله استحلفه القاضي بانك ما قبضته كلا او بعضاً وما ابرأت ذمته وما تعلم ان رسولاً او وكيلاً لك قبض منه لان ذلك الغائب يحتمل ان يدعي بعد وصول الكتاب اليه انه ادى ذلك المال اليه ، ولا يكون له بينة فحينئذ يتوجه اليمين على المدعي فاذا حلف قيل يندفع ذلك وتقصر المسافة .

## خـلاصة

علم مما تقدم ان عنوان الكتاب على اربعة اوجه ان يكتب ابتداء بالتخصيص فقط بان يقول الى قاضي بلدة كذا او بالتعميم فقط بان يقول الى اي قاض كان من قضاة المسلمين او بالتخصيص ثم التعميم او بالعكس والاوجه الثلاثة صحيحة بالاتفاق والوجه الرابع يصح عند ابي يوسف .

المادة ١٨١٨ — اذا اثبت المدعي دعواه بالبينة حكم الحاكم بذلك وان لم يثبت يبقى له حق اليمين فان طلبه كلف الحاكم المدعى عليه اليمين .

[ ان اثبت المدعي دعواه بالبينة ]

بعد انكار المدعى عليه صريحاً او غير صريح كما لو قـال لا اقر

انكر او سكت عن الجواب - والبينة فعيلة من البيان اذ بها يظهر الحق من الباطل وهي اسم لكل ما يبين الحق من شهود او قرينة قاطعة راجع المادة ١٧٤٠

# حكم الحاكم بذلك

بعد تزكيتها سراً او علناً لانه نور دعواه بالحجة انظر المادة ١٧١٦ وبما ان هذه الدار من عالم الشهادة لا علم الحقيقة والشهود وان كان كذبهم محتملا الا ان ادراك ذلك والوقوف على الحقائق امر غيبي لا يعلمه الا الله تعالى فشرعت البينات مع اخذ الاحتياطات بالبحث عن عدالتهم والوعيد الذي يزجرهم عن الكذب على حسب ما يمكن البشر في الاحكام واثبات الحقوق واشار بقوله

# يبقى له حق اليمين

الى ان اليمين لا ترد على المدعي لما تقدم في الحديث المشهور انها لا تكون الا من جانب المدعى عليه المنكر حتى لو اصطلحا على ان المدعي لو حلف فالخصم ضامن للمال وحلف ، فهو باطل لان فيه تغيير الشرع ( در منتقى ) والى انها حق المدعي فله الخيار في طلب التحليف او تركه - وكيفية التحليف تكون على الوجه المتقدم في مادتي ١٧٤٨ و ١٧٤٩ وشرحها . واشار بقوله كلف الحاكم المدعى عليه اليمين الى ان التحليف حق القاضي - فلو حلف المدعى عليه بطلب المدعي بين يدي القاضي من غير استحلاف القاضي ، فهذا ليس بتحليف لانه حق القاضي فلو برهن يقبل والا يحلف ثانيا - وكذا لو حلفه القاضي قبل طلبه حلف ثانيا ولو

اصطلحا على ان يحلف عند غير قاض .ويكون برئيا فهو باطل .

وخرجت مسائل يحلف فيها القاضي بدون طلب المدعي منها الرد بالعيب يحلف المشتري بالله ما رضيت بالعيب والشفيع بالله ما اسقطت شفعتك والمراة اذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب بالله ما خلف لك زوجك الغائب شيئا ولا اعطاك نفقة والمستحق بالله ما بعت ولا خرج عن ملكك بوجه من الوجوه . واجمعوا على ان من ادعى ديناً على الميت يحلفه القاضي بلا طلب الوصي والوارث انه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى ( بحر ) .

وفي تعليقاته حلف بطلاق او عتق ما له عليه شيء فشهدا عليه بدين له والزمه القاضي وهو ينكر قال ابو يوسف يحنث وقال محمد لا يحنث لانه لا يدري لعله صادق والبينة حجة من حيث الظاهر فلا يظهر كذبه بيمينه . والفتوى في مسئلة الدين انه لو ادعاه بلا سبب فحلف ثم برهن عليه ، يظهر كذبه ولو ادعاه بسبب وحلف ان لا دين عليه ثم برهن على السبب لا يظهر كذبه لجواز ان وجد القرض ثم وجد الايفاء او الابراء .

ولو ادعى دعاوي متفرقة لا يحلفه القاضي على كل شيء منها بل يجمعها ويحلفه يميناً واحدة على كلها مجمع الانهر ودر منتقى . وفيه فان حلف انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة فتسمع بعد يمين الخصم على ما هو الصواب .

قلت ولا يظهر بها كذب المنكر على الصواب حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور فان قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لا يحلف عند ابي حنيفة ومحمد في احد قوليه خلافاً لابي يوسف . وجه قول الامام ان ثبوت اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة فلا يكون حقه دونه وان كانت خارج المصر او في المصر وقال لم يحضروا او هم مرضى يحلف بالاتفاق وان كانت حاضرة في المجلس لا يحلف بالاتفاق .

٢-٦

## استثناء

ذكر في الدر المختار اواخر دعوى النسب لا يحلف المدعي اذا حلف المدعى عليه الا في مسئلة في دعوى البحر قال هي غريبة يجب حفظها وهي ما لو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب لم ادر ولكنها لا تبلغ مائة صدق بيمينه والزم بيانه اي لانه اقر بقيمة مجهولة فلو لم يبين يحلف على الزيادة اي نفيها وهي التي يدعيها المغصوب منه انها مائة فان حلف لا يثبت ما ادعاه المغصوب منه وان نكل لا يثبت ايضا ما لم يحلف المدعي ان قيمته مائة مثاله غصب ثوبا فاستهلكه فقال المغصوب منه قيمته مائه وقال الغاصب لا ادري ولكن لا تبلغ قيمته مائة صدق بيمينه والزم ببيان قيمته فان بين وقال قيمته سبعون مثلاً حلف الغاصب على ان قيمته لا تساوي مائة فان حلف لا يثبت ما ادعاه المغصوب منه وان نكل لا تثبت ايضا المائة ما لم يحلف المغصوب منه المدعي ان قيمته مائة وكتب المحشى على قوله « فلو لم يبين » فقال الظاهر ان في العبارة خللا والصواب فان بين لانه اذا لم يبين فما تلك الزيادة التى يحلف على نفيها - وثمرة الخلاف انه اذا ظهر المغصوب خير المالك بين اخذه او قيمته .

**المادة ١٨١٩** - فان حلف المدعى عليه او لم يحلفه المدعي منع الحاكم المدعي من المعارضة للمدعى عليه .

علم من هذه الماده وما قبلها ان طرق القضاء بينة واقرار ويمين ونكول منه وعدها في الاشباه سبعا هذه الاربع وقسامة وعلم قاض

على المرجوح . والسابع قرنية قاطعة ( در مختار )

ولو شك فيما يدعي عليه ان اكبر رايه ان المدعى حق لا يحلف وان مبطلا ساغ له الحلف فعدم الحلف في موضعين غلبة رايه في ان المدعي محق واستوا.وه في كونه محقاً ام لا وجواز الحلف في موضعين تحققه في انه مبطل او غلبة رايه ، لانه ان علم صدقه يحصل له الثواب بذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم ولا يتضرر والا فليحترز من الوقوع في اليمين الفاجرة وهي الغموس وقد قالوا اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع اي خالية من اهلها هذا مجمل قول التنوير .

شك فيما يدعي عليه ينبغي ان يرضي خصمه ولا يحلف وان ابى خصمه الا حلفه ان اكبر رايه ان المدعي مبطل حلف والا فلا وارضاء الخصم يكون بمال مثل المدعي به او اقل يدفعه للمدعي فداء عن اليمين او بالصلح بدلا عن اليمين بما هو الغالب في الصلح ( درر وغيرها ) ويحل الماخوذ ان كان المدعي محقا وان مبطلاً لا ( عبد الحليم عن البحر )

وذلك بان ادعى رجل على آخر مالا فانكر فاستحلفه فافتدى يمينه او صالح عن يمينه على مال صح انظر المادة ١٥٥٩ .

لما روي عن سيدنا عثمان رضي الله تعالى عنه انه ادعى عليه باربعين دوهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف قيل له الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة — وحلف الاخرس يكون باشارة براسه اي نعم اولا لان لشارته اذا كانت معروفة بالنفي والاثبات تكون بمنزلة العبارة من الناطق في سائر الاحكام فكذا في حق الحلف والقاضي لو استحلف الناطق فقال نعم لا يكون يميناً لانه في قوة احلف وذا ليس بيمين ( عبد الحليم عن تكملة الديري ) قال في الدرر بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم مثلا حيث لم يجز وكان له ان يستحلفه ، لان الشراء عقد تمليك بالمال واليمين ليست بمال كذا في العناية وافاد بقوله منع الحاكم المدعى من المعارضة ان المدعي على دعواه لكن ليس له ان يعارض خصمه ما لم يقم البينة على وفق

دعواه فان اقامها قضي له بها وهذاهو الصحيح وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعونها بعد اليمين ويقولون بترجيح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي وهـذا ليس بشيء لان عمر رضي الله تعالى عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله تعالى يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة ولان اليمين بدل البينة فاذا قدر على الاصل بطل حكم الخلف .

يستثني من اطراد ان اليمين على من انكر مسائل سبع على قول الامام وهي دعوى النكاح او الرضى به او الامر به انكر هو او هي ، ورجعة جحدها هو او هي بعد عدة ، وفي ايلاء انكره احدهما بعد المدة ، واستيلاد تدعيه الامة ولا يتاتى عكسه لثبوته باقراره ، ورق ونسب بان ادعى على مجهول النسب انه قنه او ابنه وبالعكس – وعندهما يحلف في ذلك وبه يفتى كذا في الدر المنتقى والدرر ودليل كل مبسوط في محله وقد سبق بيانه

المادة ١٨٢٠ – اذا نكل المدعى عليـه عن اليمين حكم الحاكم بنكوله واذا قـال بعد ذلك احلف لا يلتفت الى قولـه .

[ اذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم الحاكم بنكوله .

ولو بعد عرض اليمين مرة واحدة راجع المادة ١٧٥١ وهذا هو الصحيح قال في الكافي ينبغي للقاضي ان يقول اني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعى وهذا الانذار لاعلامـه بالحكم اذ هو مجتهد فيه فكان مظنة الخفاء لما في رواية عن ابي يوسف

ومحمد ان التكرار حتم ( شرنبلالي )

وفي البحر : واعلم ان القضاء بالنكول لا يمنع المقضى عليه من اقامة البينة بما يبطلها لما في الخانية من باب ما يبطل دعوى المدعي رجل لشترى من رجل فرساً فوجد به عيباً فخاصم البائع فانكر البائع ان يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي عليه والزمه العيب ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت اليه من هذا العيب واقام البينة قبلت بينته اه .

هذا وان ترك اليمين ، وهي واجبة عليه بحديث ( اليمين على من انكر دليل على انه باذل على قول الامام ابى حنيفة او مقر على قولهما والا لا قدم على اليمين تفصيا عن عهدة الواجب فالامام اعتبر النكول بذلا كأن المدعى عليه يقول للمدعي انا ابذل لك ما تدعيه وابيحه ولا احلف ولن كنت صادقا وبهذا يحمل حال المسلم على الصلاح في عدم ظهور كذبه بالانكار – والصاحبان اعتبراه اقراراً لان الشرع انما يأمر المسلم بالتورع عن اليمين الكاذبة لا بالترفع عن اليمين الصادقة ولان الترفع في غاية الندرة فان ظاهر حال الانسان ان لا يرضى بفوات حقه حذار مباشرة امر مشروع ومثل هذا الاعتبار ساقط الاعتبار .

ويقابل ما قاله افتنا قول الامام الشافعي لا يقضى عليه بالنكول بل ترد اليمين على المدعي فان حلفه قضى له بما يدعي وان نكل انقطعت المنازعة كما ترد اليمين على المدعي اذا اقام شاهداً او احداً عنده فلم يعتبر النكول حجة للحكم وجوابه ما سمعته . هذا خلاصة ما في العناية والدرر وغيرها فان قلت حيث كان النكول بذلا واباحة على قول الامام فالمدعي به يلزم ان لا يملكه الا بالقبض بمقتضى المادة ( ٥٧ ) مع انه ليس في اختياره الامتناع من دفعه للمدعي بل يجبر عليه بالحكم قلنا ان الامام لا يعتبره بذلا من كل وجه بل بذلا فيه شائبة الاقرار فيعامل بمقتضى المادة ٧٩ –

والخلاصة ان الامام يرجح جانب الترفع من اليمين الصادقة على

جانب التورع من الكاذبة ترجيحا لا على وجه القطع فهو يقول بـذل فيه شائبة الاقرار كما انهما يقولان اقرار فيه شائبة البذل ولهذا قال في البحر ان النكول لا يوجب شيئا الا اذا اتصل القضاء به وبدونه لا يوجب شيئا اما على اعتبار البذل فظاهر واما على اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده .

ونقل العلامة ابن عابدين في تعليقاته عن المعراج اما الاقرار فهو حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء. ولفظ القضاء في الاقرار مجاز — افاد بقوله اذا نكل المدعى عليه من اليمين الخ ان النكول لا بد ان يكون في مجلس القضاء. لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة ولا عبرة لليمين عند غيره .

[ واذا قال بعد ذلك احلف لا يلتفت الى قوله ]

لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء ( درر ) وقيد بكونه بعد الحكم لانه لو قال قبل الحكم احلف يعتبر ولو بعد العرض ثلاثا لعدم استلزامه نقض القضاء .

## بحث

ولو حكم عليه بنكوله ثم فسخ او نقض اعلام الحكم ينظر فان كان الفسخ او النقض بناء على ان تكليفه لليمين كان بخلاف الشرع كما لو حلفه خصمه دون القاضي او حلفه القاضي بدون طلب الخصم ، يحلف وان كان الفسخ او النقض لا لذلك بل لسبب آخر من اسباب النقض هل يحكم عليه بناء على النكول السابق ام يحلف ، لم اجد نقلا والذي يظهر ان الاحوط عرض اليمين عليه ان كان محل النقض من الاعلام

قبل جريان التحليف لان النكول احد اسباب الحكم وقد فقدت بعض شروط صحة الحكم والسبب كما في البدائع لا ينعقد مفيدا للحكم بدون شرطه فاذا فقد الشرط لم ينعقد سببا فتامل وراجع لعلك تظفر بالنقل .

واعلم انه ذكر في الخانية في باب ما يبطل دعوى المدعي ان الدعوى بعد القضاء بالنكول تسمع اقول هذا ضابط لا غبار عليه لما هو مقرر ان الدفع كما يصح قبل البرهان يصح بعد اقامته ايضا وكما يصح قبل الحكم يصح بعده ويصح دفع الدفع ودفعه - ثم في هذا الباب ذكر فرعين لها تعلق في الدعوى بعد القضاء بالنكول يخالف احدهما الآخر بحسب الظاهر .

الاول رجل ادعى دابة في يد رجل انها له فجحد المدعى عليه فاستحلفه فنكل وقضى عليه بالنكول ثم ان المقضى عليه اقام البينة انه كان اشترى الدابة من المدعي قبل دعواه لا تقبل هذه البينة . وعدم قبولها بناء على ان النكول اقرار لا بذل الا ان يشهدوا انه اشتراها منه بعد القضاء. وذكر في موضع آخر ان المدعى عليه لو قال اشتريته قبل الخصومة واقام البينة قبلت بينته ويقضى له .

الثاني رجل اشترى من رجل دابة فوجد فيها عيبا فخاصم البائع وانكر البائع ان يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي عليه والزمه الدابة ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت اليه من هذا العيب واقام البينة قبلت بينته اه .

فنقل في الاشباه ضابط الخانية اعني قوله ( لا تسمع الدعوى بعد القضاء بالنكول ) فاعترض عليه الحموي بان في الخانية ما يخالفه وذكر الفرع الاول ونقل في البحر ايضا الضابط المذكور في الخانية واستشهد له بالفرع الثاني وكتب العلامة ابن عابدين في تعليقاته عليه ما نقله من الحموي معترضا عليه اي صاحب البحر بالفرع الاول واتى بعده بجمل ما اطلقت غليلا ولا كشفت ابهاما .

يقول الفقير ان ضابط الخانية حق والفرعـان المذكوران لا تخالف بينهما وما نقله في الاشبـاه صحيح وما ذكره الحموي في ايهام المخالفة سهو قلم · بيانه ان كل دفع سواء كان بعد قضاء بالنكول او بغيره يسمع — لكن سماعه عند عدم التناقض ولا شك ان الفرع الثاني في دعوى التبرأ من العيب عـدم التنافض فيه ظـاهر لان انكـار كون العيب عنده لا يناقض دعواه ان المشتري ابراه من خصوص هذا العيب على فرض اذا وجد ولم يشاهده المتبايعان حين العقد فقبول الدعوى في هذه المسئلة بعد القضاء بالنكول اتفاقي لا قـائل بخلافه ولهذا اورده في الخانية بلا ذكر خلاف —

واما الفرع الاول واضرابه ، فليس في الخلاف فيه هدم لذلك الضابط الذي نقله في الاشباه عن الخانية — بل منشأ الخلاف اختلافهم في ان الدفع بعد الحكم المبني على النكول هل فيـه تناقض ام لا وسبب ذلك ما قدمناه لك ان النكول هل هو بذل كما يقول الامام فيقبل الدفع لعدم التناقض ام اقرار كما يقول صاحباه فلا يقبل للتناقض وقد مشى العلامة ابن عابدين على اثر الحموي ولم يات بحاصل ونقل حيدر افندي ايضاً كلام الحموي على علاته المشعر بنقض الضابط المذكور هذا ما وصل اليه الفكر القاصر في تحرير هذا المقام ·

المادة ١٨٢١ — يجوز الحكم والعمل بمضمون الاعلام والسندات الذين اعطيا من طرف حاكم محكمة بلا بينة اذا كانا عاريين وسالمين عن شبهـة التزوير والتصنيع وموافقين لاصـولهما ·

موافقة الاعلامات والسندات اي الحجج للاصول بان يراعى فيهـا التعليمات التي نظمتها جمعية المجلة وجرى التصديق عليها من الجانب السلطاني

بتاريخ ٤ جادي الاولى سنـة ١٢٩٦ وهي تحتوي على ٢٥ مادة فاذا استوفيت الشروط المبينة في تلك التعليات يعمل بها ويحكم بلا بينـة - لكن اذا كانت الاعلامات والسندات مطابقة للاحكام الشرعية والا فلا يعمل بها وان روعي فيها احكام التعليات مثلا اذا كان اعلام الحكم يتضمن الحكم بدين على الميت بدون تحليف المدعي يمين الاستظهار، او الحكم بالبينة بدون تزكية الشهود - وكذا لو سجل القـاضي وقف زيد لعقار مغصوب، او تقريره بانه كفيل بالوديعة التي اودعها عند عمرو، او قرر عنده بانه فرغ ارضه الاميرية لفلان بمبلغ، او باع ما هو تحت تصرفه من العقـار المستغل بالاجارتين بدون اذن من صاحب الارض او المتولي فسجلها وكتب بذلك حجـة فهذا كله باطل لا يعمل بها حتى لو جاء ببينة تشهـد امام حاكم ما بان القـاضي الفلاني كان حكم لي على فلان بكذا او سمع تقريري بكذا وقبله فسجله لا يسمع منه لفسادهـا -

واعلم انه كما يعمل بالاعلامات والسندات الموافقة للتعليات المذكورة المطابقة للاحكام الشرعية يعمل ايضا بالبينـة اذا اقامت على حكم القاضي لما في بهجة الفتاوى ادعت هند على زينب بان لي في ذمتك من جهة كذا مبلغ كذا حتى اني كنت ادعيت فيه عند القاضي واثبتـه بالبينة فحكم لي فانكرت زينب ذلك كليا فارادت المدعية اقامة البينة فقالت المدعى عليها زينب لا اقبل البينة على مجرد حكم القاضي بل لا بد من ابراز اعلام حكمي يتضمن ذلك فهل تقبل بينة هـند على حكم القاضي الجواب نعم وعزاهـا الى منح الغفار ( فمن اقر بحق او قامت عليه بينة لزمه ) قوله او قامت عليه بينة اعم من ان يشهدا باصل الحق او بحكم القاضي لكن في زمانـنـا الجري على مقتضى التعليات متحتم في كل المحاكم فلا يصدر حكم او حجة الا وهو مقيد في سجله المخصوص فاذا ادعى لدى محكمة على محكوم متمنت من اداء الحق بانه صدر اعلام حكمي فيا يدعيه يقتضي باول الامر السوآل من تلك

المحكمة لينظر في جوابها - وفي البهجة ايضا عن النتف الحاكم اذا شهد على حكمه بعد العزل لا تقبل شهادته في قول ابي حنيفة رحمه الله واصحابه بخلاف ما لو شهد مع رجل آخر على احد مثلا بانه كان اقر بحضوره حال قضائه بان عليه لفلان كذا فانه يجوز وقد افتى بذلك

**المادة ١٨٢٢ — اذا اصر المدعى عليه على سكوته عند الاستفهام كما ذكر آنفا ولم يقل لا ولا نعم يعد سكوته انكارا وكذلك لو اجاب بقوله لا اقر ولا انكر يعد جوابه هذا انكارا ايضا وتطلب البينة من المدعي في الصورتين كما ذكر آنفاً .**

قال في البدائع الانكار نوعان نص ودلالة - اما النص فهو صريح الانكار واما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعي من غير آفة ، لان الدعوى اوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على احدهما والحمل على الانكار اولى ، لان العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الانكار اولى فكان السكوت انكارا دلالة - ولو لم يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا اقر ولا انكر واصر على ذلك ، اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار وقال بعضهم اقرار والاول اشبه لان قوله لا انكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على ما مر اه .

هذا ان كان سكوته لغير عذر وان لعذر كما لو كان في لسانه آفة تمنعه عن التكلم او في سمعه ما يمنعه عن سماع الكلام فلا يعد انكاراً وقد مشت المجلة على قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله تعالى في

ان قوله لا اقر ولا انكر انكار وقال ابو يوسف لا يكون اقراراً ولا انكارا فيحبس حتى يقر او ينكر — وفي البحر لو وكله غير جائز الاقرار والانكار قيل لا يصح الاستثناء لعدم بقاء فرد تحته وقيل يصح لبقاء السكوت اي فتسمع عليه البينة .

**المادة ١٨٢٣ — لو اتى المدعى عليه في مقام الاقرار او الانكار بدعوى تدفع دعوى المدعي يعامل على وفق المسائل التي ذكرت في كتاب الدعوى .**

الكلام على هذه المادة يقع في مواضع في بيان من هو اهل للدفع ومن ليس اهله واذا كان اهلــه فتى يصح منــه الدفع ومتى لا يصح وفي بيان ماذا تكون المعاملة اذا صح الدفع واذا كان صحيحاً ومن اهله فتى يطالب بالدفع .

اما الاول فنقول دفع الدعوى اي الاتيان بدعوى تدفع دعوى المدعي لا يصح الا من مدعى عليه او من يدفع الضرر عن نفسه ، وان لم يكن مدعى عليه لانه في دفع الضرر عن نفسه يكون بمعناه كذا في الانقروي وهامشه مثال الدفع من المدعى عليه — بائع ادعى على المشتري ان البيع كان كرها وطلب فسخه لفساده فدفع المشتري دعواه بان سلمــه المبيع طوعا او قبض منه الثمن طوعا وبرهن ، اندفعت دعوى المدعي وكذا لو ادعى رجل عينا في يدي انسان عند القاضي ملكا بسبب لم يمكنه اثباته فباع المدعى عليه ذلك العين من رجل وسلمه اليــه ومضى على ذلك زمان ثم ان المدعي ادعى ذلك العين على المشتري عند ذلك القاضي او قاض آخر ملكا مطلقا فقال المشتري في دفع دعواه انه مبطل في هذه الدعوى لما انه ادعى هذا العين على بائعي بسبب الشراء والآن يدعيه ملكا مطلقا فهذا دفع صحيح كذا في الهندية من الذخيرة .

ولو ادعى على آخر ضيعة فقال الضيعة كانت لفلان مات وتركها ميراثا لاخته فلانة وانا وارثها واقام البينة، تسمع فلو قال المدعى عليه في الدفع ان فلانة ماتت قبل فلان مورثها صح الدفع – وكذا لو ادعى دينا فبرهن مديونه اني احلتك به على فلان، يقبل لانه ادعى تاخير المطالبة واسقاطها عن نفسه ولا يمكن اثباته الا بان يصير خصما عن المحال عليه ولو لا بينة له على الحوالة فله ان يحلف المدعي على الحاصل بان ما يدعيه حق عليه ( فصولين من العاشر )

ومثال من في معناه لدفع الضرر عن نفسه لو استحق المبيع من يد المشتري فبرهن البائع على المستحق انه اي المستحق باعه منه قبل ان يبيعه هو من المشتري ( فصولين من العاشر ) او برهن البائع انه نتج عنده او عند بائعه تسمع ويبطل الحكم – وكذا اذا كان المدعى عليه احد الورثة وقد اثبت المدعي دينه عليه فبرهن الوارث الآخر ان المدعي قال انا مبطل تسمع لانه في هذا الدفع دفع الضرر عن نفسه فيما يؤخذ من التركة .

واما من ليس اهلا للدفع فمن لا يكون مدعى عليه ولا في معناه اي لا يصلح خصما شرعيا وهذا ظاهر .

واما شرط صحة الدفع، فان لا يكون في الدفع تناقض لان الدفع دعوى على المدعي والتناقض في الدعوى غير مسموع فلو ادعى على رجل الف درهم فقال لم يكن لك علي شيء قط ثم اقام المدعي البينة واقام المدعى عليه البينة انه قد قضى تقبل منه ولو قال لم يكن بيني وبينك معاملة في شيء لا تقبل بينته على القضاء للتناقض في الثاني لا الاول – وحيث صح الدفع انقلب المدعى عليه مدعيا وللمدعي مدعى عليه فان اقر بدفع المدعى عليه الزم باقراره ومنع من المعارضة وان انكر طلبت البينة من المدعى عليه فان اثبت دفعه منع المدعي ايضا من دعواه وان عجز وطلب تحليف المدعي فان حلف بطل الدفع وبقي المدعي على دعواه وان نكل ثبت دفع المدعى عليه ومنع المدعي من معارضته – وهذا معنى

قول المجلة يعامل على وفق المسائل التي ذكرت في كتاب الدعوى والبينات مثلا ادعى عليه كذا دراهم قرضا فقال المدعى عليه قضيتكها او ابراتني منها فان اقر المدعي بهذا الدفع منع من الدعوى وانتهت الخصومة وان انكر او سكت فاثبت المدعى عليه هذا الدفع منع المدعي ايضا من دعواه - وان عجز عن البينة فطلب تحليفه فنكل ، منع كذلك وان حلف بطل دفع المدعي عليه وبقي المدعي على دعواه يقيم البينة او يحلف المدعى عليه اذا انكر

وقد يكون الدفع عند عدم اثباته اقرار للمدعي بدعواه كما لو ادعى رجل دابة في يد آخر انها ملكه فقال المدعى عليه اشتريتها منك فعجز عن اثبات دفعه وطلب تحليف المدعي فحلف بطل الدفع وحكم بالدابة للمدعي لان دعوى الشراء منه ، ولم يثبته ، اقرار ولو ادعى مكان الشراء انه ابراه من دعوى الدابة فحلف يبقى الدعي على دعواه اما ان يثبتها بالبينة او يحلف خصمه لان دعواه الابراء عن دعوى الدابة لا يكون اقرارا - وكما يصح الدفع يصح دفع الدفع مثاله ما في الهندية ( فيما تدفع به دعوى المدعي ومالا ) . ادعى دارا انها ملكي لاني اشتريتها من فلان فقال ذو اليد في دفعه لا بل هي ملكي اشتريتها من فلان ذلك ايضا فقال المدعي دافعا له جرى الفسخ بينكما لذلك البيع ثم اشتريت بعد ذلك واقام البينة تسمع - ولو كان هذا في المنقول يشترط القبض بعد الفسخ لصحة البيع - وكذا ادعى عينا في يدي رجل اني اشتريته من فلان منذ سبعة ايام وقال ذو اليد في دفعه لا بل هو ملكي اشتريته من ذلك الذي تدعي الشراء منه منذ عشرة ايام واقام البينة يكون لاسبقهما تاريخا - ولو ان من يدعي البيع بتاريخ لا حق يقول ان بيعك معه في التاريخ السابق كان تلجئة والآخر ينكر كان له ان يحلفه .

ولو ادعى دارا في يده ارثا او هبة فبرهن المدعى عليه على انه اشتراها منه وبرهن المدعي على اقالته صح دفع الدفع . وعلى هذا صحة

دفع دفع الدفع قبل الحكم او بعد الحكم كمسئلة الاستحقاق المارة لما في العاشر من الفصولين بنوع ايضاح

ادعى عينا في يد آخر فدفعه بنها وديعة اودعها عنده فلان الغائب ولم يمكنه اثباتها حتى حكم للمدعي نفذ حكمه ثم بعد الحكم لو برهن على الايداع ، لا يقبل لانه لا يكون خصما عن الغائب فلو قدم الغائب فهو على حجته في ابطال الحكم الاول ولو لم يبرهن ذو اليد على الايداع حتى صار خصما فبرهن المدعي ثم قبل الحكم برهن ذو اليد على الايداع تقبل لانه ظهر انه ليس بخصم قبل ان يتجه الحكم

واما مطالبة الدافع بالدفع فتى يكون في الانقروي عن النسفية :
سئل عن دعوى غير صحيحة على الاطلاق وكان فيها انواع خلل اي مع صحة اساسها ادعى المدعى عليه الدفع في ذلك هل يطالب باثبات ما ادعى من الدفع ام يطالب المدعي بتصحيح الدعوى اولا قال فيه اختلاف المشايخ في كتاب الرجوع عن الشهادات ما يدل على ان مدعي الدفع يطالب بذلك ولا يطالب بصحة الدعوى من المدعى وعليه الاعتماد وبه يفتى .

وهذا لا ينافي ما ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز ان استجواب المدعى عليه لا يكون الا بعد الدعوى الصحيحة على الاطلاق ، لان ذاك فيما اذا لم يكن المدعى عليه دافعا كما هنا ولهذا لم يشترط لسماع الدفع صحة الدعوى على الاطلاق تامل وعليه فيسئله القاضي عن دفعه فان وجده صحيحا يمهله الى المجلس الثاني ولا يعجل الحكم صيانه للقضاء عن الابطال وان رءآه فاسدا لا يلتفت ويحكم بالوجه الشرعي .

المادة ١٨٢٤ — ليس لاحد الطرفين ان يتصدى للافادة ما لم تكمل افاده الآخر واذا تصدى يمنع من قبل الحاكم .

قال الزيلعي في التبيين واذا تكلم احدهما اسكت الآخر وليستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ من الدعوى امره بالسكوت واستنطق الآخر اذا طلب المدعي ذلك وقيل من غير طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يتمكن من الفهم ولانه مخالف للآداب يذهب بمهابة المجلس فلا ياذن لاحدهما بالتكلم ما لم يفرغ الآخر من كلامه . واذا راى في دعوى المدعي نقصان قيد او شرط فلا يستجوب الخصم حتى يستوضح منه مثلا احد الشريكين مفاوضة لو لزمه ضمان من حقوق التجارة بسبب كفالة او غصب او استهلاك مال فضمنه ثم ادعى على شريكه عند القاضي شريكه فيما ضمن ولكنه لم يبين نوع الشركة يسئله القاضي هل الشركة مفاوضة ام غيرها ليتجه وجوب الضمان عليه وعلى شريكه معا لان المفاوضة تتضمن الكفالة - او ادعى على آخر بدل ايجار العقار الفلاني ولم يذكر انه سلمه اياه او استوفى المنفعة يسئله عن ذلك ليتجه وجوب الاجر على المستاجر - او ادعى ضمان عارية هلكت عند المستعير ولم يذكر كيفية هلاكها يسئله هل هلكت بتعد منه ام لا ليتجه وجوب الضمان على المستعير او ادعى على آخر انه اسلمه مائة ليرة عثمانية على ان يسلمه عشرين قنطارا من الحنطة المعلومة النوع والوصف وطلب تسليمها يسئله في اي زمان ومكان اشترط تسليمها ليتجه الوجوب على الخصم - او ادعى حق شفعة في دار لم يبين موقعها وحدودها ولم يذكر ان المشتري استلم الدار يسئله عن موقعها وحدودها وهل الدار في يد المشتري ام لا وهكذا ثم يصير الاستجواب ( مجمع الانهر وغيره )

المادة ١٨٢٥ - يضع الحاكم في المحكمة ترجمانا موثوقا به ومؤتمنا لترجمة كلام من لم يعرف اللسان الرسمي من الطرفين .

الواحد يكفي على قول الامام الاعظم وابي يوسف رحمها الله تعالى وقال محمد اثنان وفي الدر المختار : الاثنان احوط وقدمنا الكلام على هذا مستوفى فارجع اليه في شرح المادة ( ٧١ ) وهذا احد المواضع التي يقبل فيها خبر الواحد نقلهـا في الدر عن ابن وهبان وذكرها في الاشباه في تقويم المتلف يعني لو اتلف شخص لشخص شيئا وادعى ان قيمته كذا وانكر المدعى عليه ان يكون ذلك القدر قيمته يقبل قول الواحد العدل في قيمته .

قال الحموي ونقل المصنف في البحر من باب خيار العيب عن البزازية انه يحتاج الى تقويم عدلين لمعرفة النقصان فيحتاج الى الفرق - ثم استثنى من التقويم تقويم نصاب السرقة فلا بد من اثنين - وفي الجرح والتعديل في تزكية السر وقال محمد لا بدمن اثنين - وفي جودة المسلم فيه بان ادعى جودة المسلم فيه وانكر المسلم يكفي فيه قول الواحد العدل - وفي الاخبار بالفلس بان اخبر القاضي واحد عدل بافلاس المحبوس بعد مضي الحبس اطلقه - وفي رسول القاضي الى المزكي يقبل قوله باني رسول القاضي اليك - وفي اثبات العيب يقبل قول الواحد في ثبوت العيب الذى يختلف فيه البائع والمشتري - وفي رواية هلال رمضان يقبل اذا كان في السماء علة - وفي الاخبار بالموت والنسب والنكاح فمن اخبره عدل بشيء من ذلك حل له ان يشهد به

وظاهر كلام الزيلعي لا بد من خبر عدلين - ولا بد في الترجمان ان يكون بصيرا عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف ويجوز ان تكون امراة عدلا - لكن في المواضع التي تقبل فيها شهادة النساء والتي لا يصح ، لايجوز ان تكون فيها ترجمانا .

المادة ١٨٢٦ - يخطر ويوصي الحاكم بالمصالحة للطرفين مرة او مرتين في المخاصمة الواقعة بين الاقرباء او المامول

ح-٦

فيها رغبة الطرفين في الصلح فان وافقـا صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح والا اتم المحاكمة .

[ يخطر ويوصي الحاكم بالمصالحة للطرفين مرة او مرتين في المخاصمة الواقعة بين الاقرباء او المامول فيها رغبة الطرفين الى الصلح ]

خيرية : الصلح وردت في الكتاب العزيز قال الله تعالى والصلح خير وفي الحديث دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسجد فراى رجلين يتنازعان في ثوب فقال لاحدهما هل لك الى الشطر هل لك الى الثلثين فدعاهما الى الصلح وفي الصلح قطع المنازعة لمـا في امتدادهـا من الفسـاد .

وذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن فالفصل بطريق الصلح يكون اقرب الى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين اه ( مبسوط ) لكن الارشاد الى الصلح بادي. بدأ في الخصومـة بين الاقارب كالاخوة وابناء العم او عند ظهور رغبة الطرفين انما يكون قبل ان يستبين وجه القضاء فاما بعد ما استبان له المحق من المبطل فلا يفعله الا برضى الخصمين ولا يفعله الا مرة او مرتين لما في الاطالة من الاضرار الى من ثبت الاستحقاق له في تاخير حقه .

## فان وافقا

ولا بد من الموافقـة لان الصلح يتوقف على رضاهما ولا يكرهان

٦ — ٢

عليـــه •

[ صالحها على وفق المسـائل المندرجـة في كتاب الصـلح • ]

مثلا زوجة صالحت الورثة على شيء مما تستحقه من الثمن فان كان بعض تركة الزوج دينا على الناس فصالحوهـا عن الكل فهو باطل لا يمضيه القاضي لانها تصير مملكة نصيبهـا من الدين من سائر الورثة بما تاخذه منهم من العين — وتمليك الدين من غير من عليـه الدين بعوض لا يجوز فاذا فسد العقد في حصة الدين فسد في الكل — وكذا لو كان بدل الصلح خمرا او خنزيراً او كان المصالح عنه عشرين دينارا مثلا والمصالح عليه ثلاثين لان الفضل ربا او كان المصالح عليه ارضاً اميرية فرغها المدعى عليه للمدعي بدون اذن من صاحب الارض [ والا ] اي وان لم يوافقا فلا يفعله اصلا لا مرة ولا مرتين بل

## اتم المحاكمة

فيحكم لمن قامت له الحجة ولا يلح عليهم بالصلح فان قلت ان ائمتنا اختلفوا في ضمان الاجير المشترك اذا هلك المتاع عنده بسبب يمكن التحرز عنه على اربعة اقوال كما في رد المحتار وغيره فعند الامام الاعظم لا يضمن مطلقا سواء كان مصلحـا او غير مصلح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مطلقا صيانة لاموال الناس لانه اذا علم انه لا يضمن ربما يدعي انه سرق او ضاع وقوله قياس وقولهما استحسان وافتى المتاخرون بالصلح على نصف القيمة مطلقا مصلحا او غير مصلح وقيل ان مصلحا

لا يضمن اخذا بقول الامام – وان غير مصلح ضمن اخذا بقولهما – وان مستوراً فالصلح اخذا بقول المتاخرين . وكلها اقوال مصححة مفتى بها وما احسن القول الاخير بالتفصيل فعلى القول الثالث يكون الصلح جبريا وقد علمت من قول المجلة ( فان وافقا ) انه لا جبر في الصلح .

قلنا معناه انه يعمل في كل نصف بقول حيث اوجبوا ضمان النصف عملاً بقول الامام الاعظم وحطوا النصف عملاً بقول الصاحبين فالصلح على القول الثالث مجاز عن الحط وليس صلحا حقيقيا فالجبر على الصلح كما في الدر المختار عن تنوير البصائر بمنزلة الجبر على بقاء الاجارة اذا تمت مدتها في وسط البحر فكما ان الاجارة يجري فيهـا الجبر باعتبار البقاء يجري الصلح هنا جبرا باعتبار البقاء فلا وجه لما اورده الفاضل علي حيدر افندي لما علمت ان الحكم بضمان النصف صلح مجازي – يدلك على هذا قولهم وافتى المتاخرون بالصلح على نصف القيمة لانهم انما افتوا لتكون فتواهم قاضيـة على ارادة الطرفين واختيارهما والا فتراضى الطرفين على نصف القيمة صحيح لا يمنعـه قول من الاقوال ولا يحتاج الى افتـاء المتـاخرين .

المادة ١٨٢٧ – بعد ما اتم الحاكم المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظم اعلاما حاويا للحكم والتنبيه مع الاسباب الموجبـة له ويعطيـه للمحكوم له ولدى الايجاب يعطى نسخـة اخرى للمحكوم عليه ايضـاً .

[ بعد ما اتم الحاكم المحاكمة يحكم بمقتضاها ]

وجوبا لما في الحموي عن جامع الفصولين عند قول الاشباه للقاضي تاخير الحكم بعد وجود شرائطه : اعلم انه يجب على القاضي الحكم بمقتضى الدعوى عند قيام البينة على سبيل الفور فلو آخر اثم لتركه الواجب واستثنى ثلاث مسائل

الاولى رجاء الصلح بين الاقارب وفي رد المحتار عن ( ط ) وكذا الاجانب لان القضاء يورث الضغينة فيحترز عنه مها امكن وفي البيرى عن خزانة الاكمل اذا طمع القاضي في ارضاء الخصمين لا بأس بردهم ولا ينفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان ولا يردهما اكثر من مرتين وان لم يطمع انفذ القضاء .

الثانية اذا استمهل المدعي يعني ان المدعي اذا استمهل من القاضي حتى يحضر بينة فانه يمهله وكذا اذا اقام البينة ثم المدعى عليه استمهل من القاضي حتى ياتي بالدفع فانه يجيبه ولا يعجل الحكم اه . وهذا بعد ان يسئله عن الدفع وكان صحيحاً فلو فاسدا لا يمهله ولا يلتفت اليه كما في قاضيخان ( بيرى ) وزاد البيرى عن الخلاصة مسئلة اخرى يؤخر فيها اذا لم يعتمد على فتوى اهل مصره فبعث الفتوى الى مصر آخر لا يأثم بتاخير القضاء

الثالثة اذا كان له ريبة في الشهود ومنها ثلاثة شهدوا عنده ثم قال احدهم قبل القضاء استغفر الله كذبت في شهادتي فسمعه القاضي بلا تعيين شخصه فسئلهم فقالوا كلنا على شهادتنا فانه لا يقضي بشهادتهم ويخرجهم من عنده حتى ينظر في ذلك ( بيرى )

يقول الفقير وطريق الحكم بعد هذه الريبة ان يحضر اثنان منهم امام القاضي ويقولا شهدنا ولم نزل على شهادتنا فيزكيهما ويحكم بشهادتهما لانصراف ريبته الى الثالث دونهما

ويفهم الطرفين ذلك

الحكم بلسان لين قال في الفتح وفي المبسوط ما حاصله : انه ينبغي للقاضي ان يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه وانه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو برىء واذا امكن اقامة الحق مع عدم ايغار الصدور كان اولى . وتمام الحكم بتفهيمه للمتداعيين واما تنظيم الاعلام فليس من تمامه فيصح شرعاً ان ياخذ المحكوم به من يد المحكوم عليه وتسليمه للمحكوم له قبل تنظيم الاعلام لكن في زماننا لا تنفيذ قبل تحرير الاعلام وانفاذه يكون بمعرفة الاجرا - ويلزم ان يكون الحكم باتاً خاليا من الترديد - نحو ان يقول ان كان الامر كذا فحكمي كذا وان كان كذا فحكمي كذا لان الترديد في الحكم يدل على نقص في المحاكمة من جهة ان المدعي لو اوضح دعواه بصورة قطعية ما صدر الحكم مرددا - فعلى هذا لو ادعى احد مثلا على آخر انه غصب منه مال كذا وطلب رد عينه ان كان قائما وقيمته ان هالكا فحكم الحاكم على هذا الوجه، لا يصح بل على المدعي ان يقطع في دعواه بان المغصوب قائم ليجبر الغاصب على احضاره ليشار اليه في الدعوى او يرسل القاضي امينا ليشير اليه المدعي امامه في الدعوى وبعينه فحينئذ يحكم برد عينها او يدعي انها هالكة على وجه القطع ليحكم له بقيمتها .

## [ وينظم اعلاما حاوياً للحكم والتنبيه مع الاسباب الموجبة له ]

البينه او الاقرار او اليمين او النكول عنه او القرينة القاطعة

٢ — ٦

[ ويعطيه للمحكوم له ولدى الايجاب يعطي نسخة اخرى للمحكوم عليه ايضا ]

وعليه عمل سائر المحاكم في زماننا اما اعطاؤه للمحكوم له ففيه فائدتان .

الاولى ان لا يكون معروضا للنسيان بمرور الازمان .

الثانية ابرازه عند اللزوم لدائرة الاجراء لاجل تنفيذه وربما بعد الحكم يتغيب المحكوم عليه الى قضاء آخر او يكون في قضاء آخر وله وكيل في بلدة المحكوم له قد حكم عليه فتمس الحاجة الى تنفيذ الاعلام بواسطة قاضي البلدة التي هو فيها فيحتاج الى ابراز الاعلام — كذلك يعطى نسخة اخرى للمحكوم عليه لعله يعرضه على العلماء فاذا راوه موافقا للحكم الشرعي واصول المحاكمات ينتزع من نفسه سوء الظن بالقاضي ان كان يعتقد انه حكم عليه جورا

وفي الدر عن جواهر الفتاوى طلب المقضى عليه نسخة السجل من المقضى له ليعرضه على العلماء اهو صحيح ام لا فامتنع الزمه القاضي بذلك ثم ان الحكم ان كان بسبب الاقرار فربما ظن القاضي ان ما تلفظ به المدعى عليه اقرار وهو لا يعد اقرارا — وان كان بسبب البينة يذكر اسماء الشهود واوصافهم والفاظ شهادتهم ليتبين عند الاستئناف او التمييز مطابقتها للدعوى اولا فربما يظن القاضي مطابقتها والامر بخلافه ويشرح كيفية تزكيتهم سراً وعلنا ويبين انه صار تزكيتهم علنا بحضور الطرفين والشهود وان كان الحكم بسبب اوراق وسندات يلزم درج عينها في الاعلام وبيان تاريخها الا العبارات التي لا علاقة لها في الدعوى فلا يلزم درجها وان كان الحكم بسبب اليمين او النكول عنه يلزم بيان كيفية اليمين هل هي على البتات ام عدم العلم فربما تكون اليمين على غير

اصولها فلا يكون نكول المدعى عليه حينئذ موجبا للحكم ثم على الحاكم قبل تنظيم الاعلام ان يدقق النظر في ضبط المحاكمة حتى لا يكتب في الاعلام شيئا يغايره فينظر في دعوى المدعي ومستنداته ومآل الاوراق التي ابرزها ان كان وفي تاريخها وسائر الاسباب الثبوتية وينظر في كلام المدعى عليه من انكار او دفع فيمعن نظره في ادلة دفعه واذا وجد في مدعياته تكراراً يطويه لعدم الفائدة في ذكره ولتسهل مطالعته في الاستئناف او التمييز - واذا كانت افادته متفرقة في ضبط الدعوى يجمعها في كلام واحد ويحذف المكرر ، وما لا علاقة له في الدعوى ويذكر في الاعلام الزام المدعى عليه في الاقرار والتنبيه عليه في الشهادة فيقول في الاقرار الزمت المدعى عليه باداء كذا وفي الانكار مع الثبوت نبهت عليه باداء مبلغ كذا للمدعي كما مر في المادة ١٨١٤ وقدمنا في شرح المادة ( ١٧٨٦ )

ان القاضي اذ قضى بشهادة الزور حيث كان المحل قابلا والقاضي غير عالم بزورهم ينفذ ظاهرا وباطنا في العقود والفسوخ لا في الاملاك المرسلة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وفي الدر المختار الفتوى على قولهما وقوى في المبسوط قوله وفي الفتح من النكاح هو الوجه .

المادة ١٨٢٨ - لا يجوز للحاكم تأخير الحكم اذا حضرت اسباب الحكم وشروطه بتمامها .

اي يأثم بالتاخير الا في المواضع المتقدمة في شرح المادة قبلها حتى لو اخر الحكم خوفا من المدعى عليه او الح على المدعي حتى امله من الانتظار فصالح عن كراهية يأثم وفي معين الحكام قال بعضهم انما يجوز للقاضي ان يامر بالصلح اذا تقاربت الحجتان بين الخصمين غير ان احدها

يكون الحق بجانبه من الآخر او تكون الدعوى في امور درست وتقادمت وتشابهت واما اذا تبين للقاضي الظالم من المظلوم لم يسعه من الله الا فصل القضاء. وللحكم اسباب مرت في المواد ( ١٧٤٠ ) و ( ١٧٤١ ) و ( ١٧٤٢ ) وشروط ستاتي في المادتين بعدها .

# الباب الثانى

## — في الحكم ويشتمل على فصلين —

# الفصل الاول

## — في بيان شروط الحكم —

المادة ١٨٢٩ — يشترط في الحكم سبق الدعوى وهو انه يشترط في حكم الحاكم بخصوص متعلق بحقوق الناس ادعاء احد على الآخر بذلك الخصوص في اول الامر ولا يصح الحكم الواقع من دون سبق دعوى .

تقدم في شرح المواد ١٧٨٧ و١٧٨٨ و١٧٨٩ بيان اركان القضاء. وهي مجموعة في

بيت ( حكم ومحكوم بـه وله ومحكوم عليـه وحاكم وطريق ) وذكر هنا شرطه وهو سبق الدعوى فيما يتعلق بحقوق العباد ، وان تكون على خصم حاضر .

اما الاول فقد افادته هذه المادة فالحكم بدون سبق دعوى باطل وهي الدعوى الصحيحة كما سبق في كتاب الدعوى – فلا بد للقضاء من وجود مدع مطالب بحق فان القاضي لا يعرف حقوق العباد ولا يجبرهم على استيفائها بخلاف حقوقه تعالى فالدعوى فيها ليست بشرط فانه سبحانه لما امرنا باقامتها كان طالباً لها فيجب على كل احد القيام باثباتها والشاهد من جملة من عليه فكان قائما بالخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيهـا الى خصم آخر اه بتلخيص من الزيلعي والشلبي – وحقوقه تعالى نحو طلاق الزوجة وتعليق طلاقها وحرية الامة وتدبيرها والخلع وهلال رمضان والرضاع وحد الزنى وحد الشرب والايلاء والظهار وحرمـة المصاهره ودعوى المولى نسب عبده اي تقبل الشهادة على دعوى المولى نسب عبده من غير دعوى كذا في رد المحتـار .

واما الثاني وهو ان تكون الدعوى على خصم حاضر فهو مفاد المادة الآتية وسيأتي الكلام عليهـا ثم ان المراد بالدعوى التي هي شرط صحة القضاء الدعوى التي هي في الظاهر وفي نفس الامر فهذه يصح فيهـا حكم القاضي – واذا كانت بحسب الظاهر ولا خصومة في نفس الامر فلا يسمعها القاضي ولا يصح حكمه فيها لانها وسيلة واحتيال ولهـا صور كثيرة : نحو رجل في يده عين لغائب اراد ان يثبت ان الغائب رهنها عنده فتواطأ مع احد ان يدعي عليه بانها ملكه فاذا اقام الدعوى عليه صورة واثبت هو ان فلانا الغائب رهنها عنده فان كان القاضي لا يعلم وحكم بمنع المدعي نفذ حكمـه حتى اذا حضر الغائب وانكر ذلك لا يحتاج الى اعادة البينة في اثبات الرهن وان كان عالما لا يسمع الدعوى ولا يحكم فيها .

قال في الفصل الخامس من الفصولين لو علم القاضي ان المحضر ليس بخصم لا يسمع الخصومة ومثله في البحر والاشباه - وعن هذا كل مدعى به لا يجوز اثباته قصدا الا ان يكون ضمن دعوى يشترط ان يكون الخصم فيها خصما في نفس الامر لا صورة مثاله ما في الفصولين من الخامس كما في قضاء البحر اراد وكيل البيع اثبات وكالة بحيث لو انكر موكله لا يسمع انكاره فله وجهان احدهما ان يسلم الوكيل العين الى رجل ثم يدعي انه وكيل بقبضه وبيعه فسلمه الي فيقول ذو اليد لا اعلم وكالته فيبرهن فيامر القاضي بتسليمه اليه فيبيعه .

والثاني ان يقول هو لفلان فابيعه منك فاذا باعه وقبض ثمنه يقول المشتري لا اقبض المبيع لاني اخاف ان ينكر المالك وكالتك وربما يهلك المبيع في يدى او ينقص فيضمنني فيبرهن الوكيل انه وكيله بذلك ويجبره على القبض ويثبت بالبينة ولاية الجبر على القبض - وهنا وجه آخر وهو ان يبيع فيقول اني فضولي فلا اسلم المبيع فيبرهن المشتري انه وكيل فلان بالبيع فهو خصم فيثبت انه وكيل بالبيع - ففي اضراب هذه المسائل يسمع القاضي الدعوى وينفذ حكمه اذا لم يعلم ان المدعى عليه ليس مطالباً في نفس الامر - والا بان علم بانه جعل خصما صورة للتوصل لغرض آخر فلا .

واعلم ان القضاء المشروط فيه سبق الدعوى هو القضاء القولي الصريح لا الضمني ولا الفعلي وانما يحتاجها القصدى ويدخل الضمني تبعا ففي رد المحتار عن الاشباه اذا شهدا على خصم وذكر اسمه واسم ابيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وان لم يكن في حادثة النسب اي اذا كان المشهود عليه غير مشار اليه فلو مشاراً اليه لا يثبت نسبه مثلا ادعى ان له على احمد بن محمد بن احمد كذا فشهدا ان هذا احمد بن محمد بن احمد ، عليه لهذا المدعي يثبت المال لا النسب - ولو ادعى ان له على فلان دينا وانه مات وانت ابنه واسم ابيك كذا واسم جدك

كذا يثبت المال والنسب والفرق بينهما ان الاشارة في الاول تغني عن ثبوت نسبه اذا الحق يثبت وان لم يثبت نسبه واما الثاني فلا يثبت حقه الا بثبوت نسبه هكذا فرق بينهما في الفصولين فلا يعترض باحد الفرعين على الآخر — وعلى هذا لو شهدا بان فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلانا في كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما وهي حادثة الفتوى ( اشباه )

ولا ينافي هذا ما ذكره في الاشباه بعد ورقة من هذا تقبل الشهادة بلا دعوي في هلال رمضان فلا حاجة الى ما هنا لان المراد بقبولها من دون الدعوى مجرد الثبوت لا الحكم — واصل القضاء الضمني ما ذكره اصحاب المتون من انه لو ادعى كفالة على رجل بمال باذنه فاقر بها وانكر الدين فبرهن على الكفيل بالدين وقضى عليه بها كان قضاء عليه قصداً وعلى الاصيل الغائب ضمنا — ومثله القضاء الفعلي فهو من القاضي حكم يصح ولا يتوقف على سبق الدعوى ولهذا ليس له ان يزوج اليتيمة التي لاولى لي لها من نفسه ولا ابنه ولا من لا تقبل شهادته له لان فعله حكم ولا يجوز حكمه لنفسه ، ومن لا تجوز شهادته له ولهذا لو رفع فعله الى قاض لا يرى صلاحيته لتزويج الصغيرة لا ينقضه لكن لو ان ولى الصغيرة اذن للقاضي في تزويجها كان فعله هذا وكالة لا حكما ٠

المادة ١٨٣٠ — يشترط حضور الطرفين حين الحكم

يعني يلزم حضور الطرفين وقت الحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة ولكن لو ادعى احد على الآخر خصوصا واقر به المدعى عليه ثم قبل الحكم لو غاب عن مجلس الحكم فللحاكم ان يحكم في غيابه بناء على اقراره كذلك لو انكر المدعى عليه دعوى المدعي واقام المدعي البينة فاذا

غاب المدعى عليه من مجلس الحكم قبل التزكية والحكم فللحاكم ان يزكي البينة ويحكم بها ٠

[ يشترط حضور الطرفين حين الحكم يعني يلزم حضور الطرفين وقت الحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة ولكن لو ادعى احد على الآخر خصوصاً واقر به المدعى عليه ثم قبل الحكم لو غاب عن مجلس الحكم فللحاكم ان يحكم في غيابه بناء على اقراره ]

تقدم في المادة قبلها ان القضاء في حقوق العباد يشترط له سبق الدعوى وذكر في هذه المادة شرطا آخر وهو حضور الخصم فلا يصح القضاء على خصم ليس بحاضر فوجود خصم في الدعوى وكونه حاضراً وقت الحكم بعد المحاكمة والمواجهة شرط فلا تسمع الدعوى على من ليس بخصم اصلا ولا على خصم ليس بحاضر فلو قضى على حاضر ليس بخصم او على خصم ليس بحاضر ، لا يصح - فخرج بالاول ما لو قضى على راهن في غيبة مرتهن وعكسه وكذا في المؤجر مع المستاجر والمعير مع المستعير - وخرج بالثاني من تسمع الدعوى عليه بانفراده وكان غائبا فلا يجوز الحكم على غائب ولا له لكن سياتي في الفقرة الاستدراكية مسئلتان لا يشترط فيها وجود المدعى عليه حين الحكم

الاولى لو اقر المدعى عليه للمدعي ثم قبل الحكم تغيب الخ وهذه اتفاقية وقد سبق غير مرة ان الاقرار بنفسه حجة لا تتوقف حجيته على الحكم فالقاضي في الزامه بمنزلة المعين للمدعي في تحصيل حقه ( بحر ) وهذا اذا اقر عند القاضي اما عند غيره ثم انكر فشهدوا على اقراره عند القاضي وغاب فهو كالبينة ( انقروية ) وسواء كان الاقرار بعين او دين ففي الاول يؤمر المقر بتسليم العين ان كانت في يده

للمقــر لــه ·

وفي الثاني يسلم اليه جنس حقه اذا وجد في يد من يكون مقرا بانه مال الغائب المقر ولا يبيع في ذلك العرض والعقار لان البيع قضاء على الغائب فلا يجوز ولو ان المدعي ابرا المدعى عليه عند القــاضي او برهن عليه المدعى عليه بحضرة المدعي فغاب المدعي فطلب المدعى عليه من القاضي كتابا بالبراءة كما سمع فانه يجيبــه ويكتب ( انقروية عن الفصولين ) — فالحكم عليه في غيابــه بعد الاقرار او الابراء صحيح .وجاهي فلو حضر بعد الحكم واعترض بانه كاذب في اقراره لا يلتفت اليه نعم قبل الحكم يسمع منه كما في المادة ١٥٨٩ ولو ادعى انــه اداه بعد الاقرار يسمع ولا طريق له غير هذا بعد الحكم بالاقرار . ولو ادعى ان الاقرار او الابراء كان بطريق المواضعة هل يسمع هــذا الدفع — الذي يظهر سماعــه والقول قول المدعي لتمسكه بالظــاهر والبينة بينــة المدعى عليه لتمسكه بخلاف الظاهر هكذا يستفاد من شرح المنــار لابن ملك في بحث العوارض المكتسبــة المسئلة الثانيــة كما قال ·

[ كذلك لو انكر المدعى عليــه دعوى المدعي واقام المدعي البينة فاذا غاب المدعى عليه من مجلس الحكم قبل التزكية والحكم فللحاكم ان يزكي البينة ويحكم بها ]

وهذا الحكم وجاهي وهو رواية عن ابي يوسف وهو الارفق وعليه مشت المجلة خلافا للامامين ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فوجب العمل بها راجع المادة ١٨٠١

وفي هذه المسئلة للمحكوم عليه بعد تبليغه الحكم حق الاعتراض على الشــهود ، او دفع الدعوى ان كان له دفع ثم الحاضر يعم الحاضر

بنفسه او من يقوم مقامه وذلك انواع . منها الوكيل فاذا غاب الموكل بعد ما اقيمت عليه البينة ثم حضر الوكيل او غاب الوكيل بعد ما اقيمت عليه البينة ثم حضر الموكل يقضى عليه بتلك البينة سواء كان وكيلا في الخصومة والدعوى او وكيلا للقضاء كما اذا اقيمت البينة عليه فوكل ليقضى عليه ثم غاب ليحضر القضاء ( بحر )

ومنها لو قامت البينة على المورث فمات وحضر وارثه او قامت البينة على وارث فغاب وحضر وارث آخر يقضي على الذي حضر بتلك البينة ومنها الوصي سواء كان وصي الميت فهو نائب عن الميت بانابته او وصي القاضي فبأنابة الشرع يحكم عليه بالبينة التي اقيمت على الميت قبل موته وفي حكمه ولي الصغير ووصي الوصي — وفي ذلك كله يبين ان الحكم على الموكل والميت والصغير لا الوكيل والوصي والولي — ومنها متولي الوقف لو كان متعددا ينتصب احدهم خصما وينوب مناب الآخر فلو غاب احدهم بعد اقامة البينة عليه يحكم بها على غيره اذا حضر لما في رد المحتار عن التتارخانية وقف ارضه على قرابته فادعى رجل انه منهم والواقف حي فهو خصمه والا فالقيم ولو متعددا — وان ادعى على واحد جاز ولا يشترط اجتماعهم ولا يكون خصما وارث الميت ولا احد ارباب الوقف .

ومنها احد المستحقين ينتصب خصما عن الكل اي فيحكم على من حضر بالبينة التي اقيمت على من غاب لما في رد المحتار عن المحيط والقنية : وقف بين اخوين مات احدهما وبقي في يد الحي واولاد الميت فبرهن الحي على احدهم ان الوقف بطنا بعد بطن والباقي غيب والواقف واحد يقبل وينتصب خصما عن الباقين ولو برهن الاولاد ان الوقف مطلق علينا وعليك فبينة الاول اولى — والدعاوي المقامة على نظار الاوقاف ان كانت تتعلق بالواقف نحو كونه وقف المحل الفلاني وهو لا يملكه او كونه ارضا اميرية وقفها بدون اذن سلطاني فالحكم فيها على الواقف — وان تعلقت بالوقف كدين لتنفق على تعميراته فعلى

نفس الوقف ( رد المحتار )

ومنها ان الدين سواء كان المتعدد على مديون واحد او الواحد على مديونين متعددين ينوب الحاضر عن الغائب في الدعوى على قول ابي يوسف ومحمد فالاول وهي مسئلة الاشتراك في الدين من جهة قرض او ثمن مبيع مثلاً نحو ان يدعي زيد على آخر بان لي ولزيد الغائب في ذمتك عشرة دنانير مشتركة واثبت ذلك بالبينة يحكم بالعشرة غير انه يدفع للمدعي خمسة ثم فقط اذا حضر شريكه الغائب وصدقه يجري العمل على احكام المادة ١١٠١ و ١١٠٥ .

واما على قول الامام الاعظم فاحد الشركاء في الدين بسبب غير الارث لا ينتصب خصماً في حصة غيره فيحكم للحاضر بحصته فقط واذا حضر الغائب فلا بد من اعادة البينة ثم يجري العمل ايضاً طبق احكام المادتين المذكورتين وقولها استحسان ·

والثاني عكس الاول وهو ما كان الدين لواحد على متعدد كما لو كان لشخص مائة درهم دينا على زيد وعمرو فاثبتها على زيد بغياب عمرو ، يحكم على زيد بخمسين فقط ولا يتعداه ثم اذا حضر عمرو يعيد البينة عليه في قول الامام ابي حنيفة كما هو الحكم في شركة العين بسبب غير الارث نحو ان يدعي رجل اني وفلانا الغائب اشترينا هذه الدار من هذا الرجل بالف درهم ونقدنا له الثمن واقام البينة على ذلك يقضي للحاضر بنصف الدار فاذا قدم الغائب كلف اعادة البينة ( هندية ) ·

## مسئلة

اذا كان مال الميت في يد اجنبي كما لو وهب انسان جميع ماله في مرض موته لاجنبي او اوصى به له فادعى بمواجهته بان هذه العين له او ان له على الميت كذا من الدين هل يصلح الاجنبي خصما نائباً عن

الميت ام لا بد من حضور وارث او وصي .

قال بعض المشايخ تسمع لان المدعى به ان كان عينا فهو في يده والدعوى على صاحب اليد - وان دينا فالدين يتعلق في التركة وهي في يده وقال بعضهم لا بد من حضور وارث او وصي - واما دائن الميت او مديونــه اوِ الموصى له اذا ادعى قوم على الميت ديونا وارادوا ان يثبتوها بوجه احــد اولئك فلا يصح بل لا بد من حضور وارث او وصي اه ملخصا من الدر وحواشيه

واعلم ان الشريكين في الدين انما يكون ما قبضه احدهما مشتركا اذا لم يختلفا في سببه حين الدعوى لما في الانقروية من التتارخانية قبيل نوع في دعوى الدين في التركة : رجل مات وترك ابنين فادعى احدهما ان لابيهما على هذا الرجل الف درهم من ثمن مبيع وادعى الآخر انــه كان من ثمن قرض واقام كل واحد منهما البينة على ما ادعى ، فانه يقضي لكل واحد منهما بخمســاية ليس لاحدهما ان يشارك صاحبه فيما قبض فتفطن - ثم لما كان الخصم الحاضر شرطا لصحة القضاء عندنا وقد وجدت مسائل عديدة فيها الحكم على الغــائب احتيج الى بيان رابط يرفع الاشــكال في بعض المواضع - وهو كل موضع يكون ما يدعي به على الغائب سببا لا محالة لما يدعي به على الحاضر غير منفك عنه لا انه قد يكون سببا وقد لا يكون ، يصح الحكم فيه على الغائب لانه في الصورة الاولى يكون الحاضر قائما مقام الغائب حكما فيقضى عليهما حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره - فيشمل ما لو كان المدعي شيئا واحدا وكان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعي على الحاضر لامحالة وما لو كان المدعي شيئين مختلفين وما يدعي على الغائب سببٌ لما يدعي على الحاضر بكل حال ( بحر ) يعني كما في الفتح ما يكون المقضى به شيئا واحــدا او شيئين ولنورد لكل نوع ثلاث مسائل مذكورة في البحر والفتح .

المسئلة الاولى للنوع الاول ادعى داراً في يد رجل انها ملكــه

وانكر ذو اليد فاقام البينة انهـا داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضي بها في حق الحاضر والغائب ، لان الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة لملكه والمدعي عليها شيء واحد وهو الملكية

الثانية ادعى على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما يذوب عليـه فاقر المدعى عليه بالكفالة وانكر الذوب فاقام المدعي البينة انه ذاب له على فلان الف يقضى بهـا على الكفيل والغـائب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره والمدعي واحد وهو المال .

الثالثة ادعى شفعة في دار في يد انسان فقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعى البينـة ان ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بالف وهو يملكها وانا شفيعها يقضى بالشراء في حق ذي اليـد والغائب والمدعي واحد وهو الشراء

ومثال المسائل الثلاث للنوع الثاني احداها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف انا عبد وعلي حـد العبيد وقال المدعي المقذوف بل اعتقك مولاك فعليك حـد الاحرار والمولى غائب فاقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو المدعي على الحاضر فهما شيئان العتق وكمال الحد

الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشـهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فاقام المشهود له البينـة ان مولاهما اعتقهما قبل هذا وهو يملكها تقبل البينة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة والمدعي شيئان العتق وقبول الشهادة .

الثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب احدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفي عن نصيبه وانقلب نصيبي مالا وانكر القاتل فاقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا والمدعي شيئان المال والعفو .

قيد بان يكون سببا لا محالة ، للاحتراز عما قد يكون سببا وقد لا تكون ، وعما يكون سببا باعتبار البقاء فانه لا يكون قضاء على الغائب

وبيان الاول في مسئلتين . احداهما قال لعبد رجل مولاك وكلني بحملك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه ، تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة به .

الثانيه رجل قال لامراة غائب وكلني زوجك بحملك اليه فاقامت بينة انه طلقها ثلاثا يقضي بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وانكر الطلاق يحتاج الى عدالتها ، او بينة اخرى فالمدعى هنا شيئان العتق وقصر اليد في الاول والطلاق وقصر اليد في الثاني لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا للانعزال بان وجد بعد الوكالة - فليس انعزال الوكيل حكما اصليا للطلاق والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سبباً ، قبلنا البينــة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انعزال الوكيل ، تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضى بالطــلاق والعتــاق .

وبيان الثاني اعني ما يكون سببا باعتبار البقاء في مسائل احداها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع انه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد ان يردها بهذا العيب وانكر البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيئان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما يدعي به على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز ان يكون زوجها ثم طلقها فان اقام البينة على البقاء بان شهدوا انها امراته للحــال لا تقبل ايضــا لان البقاء تبع

للابتـــداء :

الثانية المشترى شراء فاسدا اذا اراد البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب ، لا تقبل لابطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب ، لان نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما في اثبات البقاء ، لان البقاء تبع للابتداء .

الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فاراد ذو اليد ان ياخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب ، لا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب ، لان المدعى شيئان والمدعي على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو فسخ بعد الشراء وازالها عن ملكه بسبب من الاســـباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعـــة باعتبار البقاء ولا بينة عليـــه ولو اقام على البقاء لم تقبل ايضـــا لما ذكرنا — وقيـــد بالسبب احترازا عن الشـــرط .

وخلاصة القول فيه كما في الفتح والبحر وتعليقاته ان ما يدعي على الغائب اذا كان شرطا لما يدعي على الحاضر ينظر في ذلك الشرط ان كان مما يتضرر به الغائب كما لو قال ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت انه طلق امرأته واقامت البينة على ذلك ، لا يقبلها ولا يقضي بشيء والا قبلها ويقضي بالطلاق نحو ان دخل فلان الدار فانت طالق واقامت البينة على ذلك .

وفي البحر عن الفصولين قيد بكون السبب ما يدعي على الغائب لانه لو كان على عكسه بان كان ما يدعي على الحاضر سببا لما يدعي على الغائب فانه لا يقضي على الغائب — كما اذا كان الحاضر هو الاصيل والكفيل غائب لجواز ان يكون المال على الاصـــيل لا الكفيل كما قبل الكفالة بخلاف عكســـه لا يجوز ان يكون المال على الكفيل

دون الاصـيل .

المادة ١٨٣١ – للحاكم ان يحكم على المدعى عليه بالبينة التي اقيمت في مواجهة وكيله اذا حضر في مجلس الحكم بنفسه وبالعكس يعني للحاكم ان يحكم على وكيل المدعي بالبينة التي اقيمت في حضوره اذا حضر الوكيل مجلس الحكم .

لان الوكيل كالاصيل فلا يحتاج الى اعادة البينة وكـذا عكسه راجع المادة ١٨٣٠ وفي الخامس من الفصولين. ولو غاب الموكل بعد ما برهن عليه ثم حضر وكيله او غاب الوكيل بعد ما برهن عليه ثم حضر موكله ، يحكم عليه بتلك البينة – وكذا يحكم على الوارث ببينة قامت على مورثه ولو كان الوارث غائبا غيبـة منقطعة ينصب القاضي وكيلا بطلب الخصم ويحكم عليه بتلك البينة – وكذا لو برهن على احد الورثة فغاب يحكم بها على الوارث الآخر وكذا لو برهن على نائب الصبي فبلغ يحكم على الصبي بتلك البينة وعلى هذا كل من اقامه الشرع مقام الخصم الغائب .

وفي الانقروية ولو نصب القاضي قيما في مال الغائب غيبة منقطعة هل له الخصومة في ديونه قيل نعم وقيل لا . وفي هامشها عن المحيط البرهاني استحسن في المفقود خاصـة ان يجعل ابنه وكيلا في طلب حقوقه لان المفقود كالميت في بعض الاحكام وللقاضى ولاية نصب القيم في مثـله – بخلاف الغائب ومن توجه عليه الحكم فاختفى لا يحكم عليه عند ابي حنيفة وقال محمد ينادي على بابه ثلاثة ايام فان خرج والا حكم عليه وهذا ارفق بالناس وعليه المجلة – وجزء البينة كالبينة فلو اقيم شـاهد بمواجهة الموكل تسمع شهادة الآخر بمواجهة الوكيل وبالعكس وهكذا في البقيـة .

المادة ١٨٣٢ — للحاكم ان يحكم بالبينة التي اقيمت في مواجهة احد الورثة اذا غاب عن مجلس الحكم على الوارث الآخر الذي آحضر فى الدعوى التي تعوجـه خصومتها الى جميع الورثة ولا حاجة الى اعادة البينة .

[ للحاكم ان يحكم بالبينة التي اقيمت في مواجهة احد الورثة اذا غاب عن مجلس الحكم على الوارث الآخر الذي احضر فِي الدعوى ]

الظرف متعلق بيحكم لكن لا اي دعوى كانت بل .

[ التي تتوجه خصومتها الى جميع الورثة ]

كدعوى في دين على الميت او له وان لم يكن في يده شي. من التركة وفي عين ان كان في يده شي. منها او دعوى احد بالارث، على الورثة لان الدعوى قائمة على الميت فكل من الورثة ينوب عنه لان كلامنهم قائم مقام المورث بخلاف الدعاوي القائمة بالاشتراك في عين الارث لا ينتصب احد الشركاء خصما عن الآخرانظر المادة ١٦٤٣ — لكن في الدين المشترك بين اثنين عندهما ينتصب احد الشريكين خصما عن الآخر خلافاً للامام ابي حنيفة كما مر في شرح المادة ١٨٣٠! وانظر هناك ما اوردناه من مسائل ينتصب فيها الحاضر خصما عن الغائب فيحكم على الحاضر بالبينة التي سمعت على الغائب ،

٢-٦

# الفصل الثانى

## في بيان الحكم الغيابي

اعلم اولا ان القضاء على الغائب وله لا يجوز عندنا - الا اذا حضر من يقوم مقامه حقيقة او حكما . وقال الشافعي يجوز في صورتين اذا كان غائبا عن البلد او فيها وهو مستتر قولا واحدا وهو قول مالك واحمد وان كان في البلد غير مختف فله قولان اصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك . والفرق ان في المستتر تضيع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم ( البينة على المدعي واليمين على من انكر ) فاشتراط حضور الخصم زيادة على مدلول الحديث بلا دليل - ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر - فعلم ان جهالة كلامه الثابتة مع غيبته او غيبة من يقوم مقامه مانعة من القضاء . ولان البينة لا تقوم حجيتها الا بالانكار ولذا لا تقام على المقر والعمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع او الطعن بها - وهذا لا يعلم الا مع حضوره او نائبه ، ولان وجه القضاء يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل ان يقر الخصم وان ينكر واحكامها مختلفة فانه بالاقرار يقتصر ، وبالبينة يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه ، ولان شرط صحة الحكم بالبينة الانكار وبغيبته لا يعلم بوجود الشرط وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم . ولا يكفي لثبوت الشرط اعني الانكار كونه هو الاصل ، لانه يترتب عليه وجود امر وهو صحة الحكم فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قال جميع الائمة فيمن قال لمملوكه ان لم

تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم ادخل ، بوجود العتق لوجود الشرط. بناء على ان الاصل عدم الدخول لما ذكرنا اه ملخصا من الفتح وتمامه هناك ولا حجة للشافعي وما لك ايضا بانه صلى الله عليه وسلم قضى لهند امراة ابي سفيان بالنفقة وابو سفيان غائب فقال لها خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك لانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى واعانة لها على اخذ ماله الا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة وكان صلى الله عليه وسلم عالما بانها امراته ولم يكن على وجه القضاء اصلا - ومما يرجح انه فتوى وقوع الاستفهام في القصة هل علي جناح وانه عليه السلام فوض اليها تقدير الاستحقاق ولو كان قضاء لم يفوضه الى المدعي ولانه لم يستحلفها على ما ادعت ولا كلفها البينة ( زيلعي وشلبي )

اذا علمت هذا تعلم عدم جواز الحكم على الغائب او له عندنا . ولو قضى به هل ينفذ في التنوير وشرحه للعلائي ولو قضى على غائب بلا نائب ينفذ اي قضى من يراه جوازه كشافعي لاجماع الحنفية على انه لا يقضى على غائب فلو ينافي قوله قبله لا يقضى على غائب لانه في القاضي الحنفي وهذا في اظهر الروايتين عن اصحابنا اي لانه قول مجتهد فيه وقيل لا ينفذ ورجحه غير واحد .

وفي المنية والبزازية ومجمع الفتاوى وعليه الفتوى ورجح في الفتح توقفه على امضاء قاض آخر فاذا رفع الى الثاني فامضاه فليس للثالث نقضه ولو ابطله الثاني بطل وليس لاحد ان يجيزه لان نفس القضاء مختلف فيه اذ اقسام الحكم كما في الزيلعي لا تخلو من اربعة اوجه اما ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه - واما ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم - نحو ان يقضي شافعي بشهادة المحدودين بقذف بعد التوبة فاذا رفع الى قاض آخر لا يراه كحنفي يمضيه ولا يبطله واما ان يكون الخلاف في نفس

القضاء لا في المسئلة التى هي سبب القضاء فهذا فيه روايتان وقد ذكرناها عن التنوير وشرحه – واما ان يكون مخالفاً للدليل الشرعي وهو النوع الرابع لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاض آخر لانه وقع باطلًا فلا يعود صحيحاً بالتنفيذ كالقضاء بصحة نكاح المتعة مثلًا او بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل ان يدخل بها الثاني .

ثم اعلم ان الاختلاف فيما قدمناه في نفاذ القضاء على الغائب وعدمه انما هو في مسائل غير المستثناة واما في المستثنات فنافذ بالاتفاق ( عبد الحليم على الدرر )

وفي العلائي والمعتمد ان القضاء على المسخر لا يجوز – الا لضرورة وهي في خمس مسائل ذكرها في الدر المختار اشترى بالخيار واراد الرد في المدة فاختفى البائع فطلب المشتري من القاضي ان ينصب خصما عن البائع ليرد عليه

وهذا احد قولين عزاها في جامع الفصولين الى الخانية لكنه قدم هذا اذ عادة قاضيخان تقديم الاشهر – كفيل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فدينه على الكفيل فغاب الطالب في الغد فلم يجده الكفيل فرفع الامر الى القاضي فنصب وكيلا عن الطالب وسلم اليه المكفول عنه يبرا – حلف ليوفينه اليوم فتغيب الدائن بان علق المديون العتق او الطلاق على عدم قضائه اليوم ثم غاب الطالب وخاف الحالف الحنث فان القاضي ينصب وكيلا عن الغائب ويدفع الدين عليه ولا يحنث الحالف وعليه الفتوى وفي حاشية مسكين عن شرف الدين الغزي انه لا حاجة الى نصب الوكيل لقبض الدين فانه اذا رفع الامر الى القاضي بر في يمينه على المختار المفتى به كما في كثير من كتب المذهب المعتمدة ولو لم يكن ثمة قاض حنث على المفتى به .

وفي رد المحتار وحاشية الدرر عن الفصولين قد اضطرب آرآؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب او عليه ولم يصف ولم ينقل عنهم اصل قوي ظاهر يبني عليه الفروع بلا اضطراب ولا اشكال فالظاهر

عندي ان يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتي بحسبها جوازا او فسادا - مثلا لو طلق عند العدل فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه او يعرف ولكن يعجز عن احضاره او عن ان تسافر اليه هي او وكيلها لبعده او لمانع آخر وكذا المديون لو غاب وله نقد في البلد او نحو ذلك - ففي مثل هذا لو برهن على الغائب وغلب على ظن القاضي انه حق لا تزوير ولا حيلة فيه فينبغي ان يحكم عليه وله - وكذا للمفتي ان يفتي بجوازه دفعا للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع مع انه مجتهد فيه ذهبت اليه الائمة الثلاثة وفيه روايتان عن اصحابنا - وينبغي ان ينصب عن الغائب من يعرف انه يراعى جانب الغائب ولا يفرط في حقه اه واقره في نور العين .

قلت ويؤيده ما ياتي قريبا في المسخر وكذا ما في الفتح من باب المفقود لا يجوز القضاء على الغائب الا اذا راى القاضي مصلحة في الحكم له وعليه فحكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه - قلت وظاهره ولو كان القاضي حنفيا ولو في زماننا ولا ينافي ما مر، لان تجويز هذا للمصلحة والضرورة .

## بحث

لا يخفى ان الحكم على الوكيل المسخر في مواضع الضرورة حيث كان فيه روايتان من اصحابنا واختاره مشايخنا كما سمعت يكون مذهبا لنا الا انه جرى العمل في محاكم زماننا على نصب الوكيل المسخر عن غير المتوارى فهذا لا يجوز عندنا ويجوز على احد قولي الشافعي كمن لا يجيب دعوة الحاكم وهو غير متوار يطوف في البلدة ويتعاطى مصالحه في تجارته او وظيفته ثم مع هذا خلافا للمادة ١٨٣٣ الآتية ينصب عنه وكيل مسخر وترى الدعوى في حقه غيابا ويمضي الحكم عليه اذا مضت مدة الاعتراض ففي هذه الصورة يكون الحكم على احد قولي الشافعي

لا غير – وهنا يرد على الخاطر انه اذا كان الحكم تقليداً لقوله يقتضى العمل بجميع ما قال فيه اعني الحكم بناء على البينة مع تحليف المدعي استظهارا والا فبدون ذلك يكون ملفقا من المذهبين الحكم على غير المتوارى على احد قولي الشافعي وبلا يمين على قول ابي حنيفة والحكم الملفق من مذهبين باطل بالاجماع كما نص عليه في الدر وحواشيه مثاله متوضيء سال من بدنه دم ولمس امراة ثم صلى اللهم الا ان يجاب بما نقله في رد المحتار عن ( ح ) ان المراد بالحكم في قولهم الحكم الملفق من مذهبين الحكم الوصفي كالصحة لا الحكم بمعنى القضاء تدبر .

المادة ١٨٣٣ يدعي المدعى عليه من قبل الحاكم بطلب واستدعاء المدعي فان امتنع عن الاتيان وارسال وكيل الى المحكمة من دون ان يكون له عذر شرعي يحضر اليها جبراً .

راجع ما ذكرناه قبل هذه المادة ماسطر والدعوة في زماننا تكون من قبل القاضي بحرر ورقة الدعوتيه للمدعى عليه بواسطة المحضر وقد افتى في تنقيح الحامدية نقلا عن البحر والبزازية بان اجرته على المدعي اذا لم يكن المدعى عليه متمردا عن الحضور والا فعلى المدعى عليه اذا كان متمردا وهو الصحيح كما في الخانية وهكذا افتى في النتيجة عازيا لقضاء القنيه عن مختصر الزيادات

قال فالحاصل ان مؤنة الرجال على المدعي في الابتداء فاذا امتنع المدعى عليه فعلى المدعى عليه ـه وكأن هذا استحسان مال اليه للزجر وكان القياس ان يكون على المدعي في الحالين ويظهر تمرده كما في هامش الانقروية عن خزانة المفتين ، ان يقول لا احضر او سكت او قال احضر في وقت كذا ولم يحضر اي وثبت ذلك عند القاضي فاذا

حضر عزره على حسب حاله وتكون الاجرة عليه واذا عجز القاضي من احضاره يستعين باعوان الوالي والدرك ( رد محتار ) وان كان تمرده لعذر كمريض ومخدرة لا يحضر جبراً والقاضي حينئذ ان يحضر بنفسه او يرسل نائبا عنه ان كان ماذونا بذلك فيحضر محل المدعى عليه ويسمع الدعوى ويفصلها —

وفي الانقروية لا يلزم احداً احضار احد فلا يلزم الزوج احضار زوجته الى مجلس القاضي لسماع دعوى عليها ولا يمنعها منه الا في مسائل . الكفيل بالنفس عند القدرة . وفي الاب اذا امر اجنبيا بضمان ابنه فطلبه الضامن منه فعلى الاب احضاره لكونه في تدبيره كما في جامع الفصولين .

الثالثة سجان القاضي خلى رجلا من المسجونين حبسه القاضي بدين عليه فلرب الدين ان يطلب السجان باحضاره كما في القنية .

الرابعة ادعى الاب مهر بنته على الزوج فادعى الزوج انه دخل بها وطلب من الاب احضارها فان كانت تخرج في حوائجها امر القاضي الاب باحضارها وكذا لو ادعى الزوج عليها شيئا آخر والا ارسل اليها امينا من امنائه .

المادة ١٨٣٤ — اذا امتنع المدعى عليه من الاتيان وارسال وكيل الى المحكمة ولم يمكن احضاره يدعي الى المحكمة بان يرسل اليه ثلاث مرات ورقة الدعوى المخصوصة بالمحكمة في ايام متفاوتة على طلب المدعي فان ابى ايضا المجيء فهمه الحاكم بانه سينصب له وكيلا وسيسمع الدعوى والبينة وعلى هذا الحال لو امتنع وابى الحضور الى المحكمة وارسال وكيل نصب الحاكم له وكيلا يحافظ على حقوقه

وسمع الدعوى والبينة في مواجهته وبعد التدقيق ان تبين انها مقارنة للصحة وثبت الحق حكم بمقتضى ذلك .

[ اذا امتنع المدعى عليه من الاتيان وارسال وكيل الى المحكمة ولم يمكن احضاره ]

بان كان خصما متواريا

[ يدعى الى المحكمة بان يرسل اليه ثلاث مرات ورقة الدعوتية المخصوصة بالمحكمة . ]

وهو المسمى عند الفقهاء بطلب الاعداء بكسر الهمزة اي يريد المدعي من القاضي الاعداء على خصمه وهو احضاره لمجلس الحكم فينظر القاضي في المدعى عليه اما ان يكون في المصر او خارج المصر قريبا منه بحيث لو ابتكر من اهله امكنه ان يحضر مجلس الحكم ويجيب خصمه ويبيت في منزله فهذا يعديه القاضي بمجرد الدعوى – الا ان يكون الخصم مريضا او مخدرة كما تقدم فيذهب القاضي بنفسه او يرسل خليفته ان كان ماذونا بالاستخلاف فيفصل الدعوى – والا ارسل امينا فقيها مع شاهدين عدلين حتى يخبرا القاضي بما جرى وانما يبعث شاهدين ممن يعرفان المراة والمريض فالامين يسئل المدعى عليه – فان اقر اشهد عليه شاهدين بما اقر وامره ان يوكل وكيلا يحضر معه مجلس القاضي ليشهدا بما اقر به بحضرة وكيله فيقضي القاضي وان انكر يقول للمدعي الك بينة فان قال نعم يامر المدعى عليه ان يوكل وكيلا يحضر مع خصمه مجلس

القاضي لتقام عليه البينة بحضرة وكيله وان قال ليس لي بينة فالامين يحلف المدعى عليه فان حلف اخبر الشاهدان القاضي بذلك حتى يمنع المدعي من الدعوى الى ان يجد بينة وان نكل عن اليمين ثلاث مرات امره الامين ان يوكل وكيلا يحضر مع خصمه مجلس الحكم ويشهد عليه الشاهدان بنكوله ويقضي القاضي عليه بالنكول .

هذا اذا كان المدعى عليه في المصر او خارجا قريبا منها — وان كان بعيدا لا يعديه القاضي وعلة بل يامر المدعي باقامة البينة على موافقة دعواه ولا تكون هذه البينة لاجل القضاء وانما تكون لاجل الاحضار والمستور في هذا يكفي فان اقامها امر ان يحضر خصمه فاذا احضر وامر المدعي باعادة البينة فاذا اعاد فظهرت عدالة الشهود قضى بها عليه ومن المشايخ من قال يحلف القاضي المدعي فان نكل اقامه من مجلسه وان حلف امر باحضار خصمه والاول اصح — وان ارسل القاضي الى المدعى عليه من يحضره فلم يجده فقال المدعي للقاضي انه توارى وسئل تسمير بابه والختم عليه فالقاضي يكلفه باقامة البينة على انه في منزله فان اثبت بشاهدين انه في منزله فالقاضي يسئلهما فان قالا رايناه فيه اليوم او امس او منذ ثلاثة ايام ، قبل القاضي ذلك ويسمر ويامر بالختم ويجعل بيته عليه سجنا ويسد عليه اعلاه واسفله حتى يضيق عليه الامر فيخرج — وان كانت الرؤية قد تقادمت لا يقبل ذلك منهما .

قال في الخانية في كتاب الدعوى والبينات ( في فصل فيما يستحق على القاضي وما ينبغي له ان يفعل وما لا يفعل ) : لانه قد يغيب اذا طالت المدة وقدر ذلك بثلاثة ايام فان قال الخصم للقاضي بعد ما ختم الباب ومضى ايام انه قد جلس في الدار ولا يحضر فانصب لي وكيلا وعنه اقيم عليه البينة .

اقول وهي مآل المادة فان ابا يوسف رحمه الله تعالى يقول يبعث القاضي رسولا ينادي على بابه ومعه شاهدان فينادي الرسول على باب الخصم ثلاثة ايام كل يوم ثلاث مرات يا فلان بن فلان القاضي يقول

احضر مع خصمك فلان بن فلان مجلس الحكم والا نصبت عنك وكيلا وقبلت البينة عليك بحضرة وكيلك - فاذا فعل ذلك ولم يحضر نصب القاضي وكيلا عنه وسمع البينة عليه وامضي الحكم عليه بحضرة وكيله اه من الهندية بنوع تلخيص .

## تنبيه .

التبليغ بهذه الكيفية كان في زمانهم واما في زماننا فقد صار بالمكاتبة ولا مانع من ان يكون متواليا في ثلاثة ايام او متراخياً يحرر في كل يومين او ثلاثة تذكرة - ثم ان المجلة قد اقتفت الرواية المنقولة عن ابي يوسف فقررت ارسال تذكرة الدعوة ثلاثة ايام لكن هل هذا على وجه الحتم ام الاحتياط والاولوية لو تاملناه في مسائل كثيرة ضرب فيها الشرع الثلاث لابلاء الاعذار احتياطا لا على وجه الحتم كعرض اليمين على المنكر ثلاث مرات وامهال المرتد ثلاثة ايام واضراب ذلك وجدنا مسئلة التبليغ من هذا القبيل - فلو بوشر بالمحاكمة بعد تبليغ المدعى عليه مرة واحدة يكفي وهذا هو الارفق في زماننا لكثرة المتمردين والماطلين في اداء الحقوق وقد صدر الامر السلطاني اخيراً بذلك وعليه العمل في المحاكم .

وقد وهم الشارح الفاضل حيدر افندي في استدلاله على الاكتفاء بما دون الثلاث بما في الخانية من فصل فيما يقضى في المجتهدات وهذه عبارتها التي ترجمها في شرحه : ( وان ادعى رجل على غائب شيئا قال محمد رحمه الله تعالى في المفقود ليس للقاضي ان ينصب وكيلا عن الغائب فلو راى القاضي ان يسمع البينة على الغائب من غير خصم ووكيل وقضى على الغائب - في نفاذ قضائه على الغائب روايتان ذكر شمس الائمة السرخسي والشيخ الامام المعروف بخواهر زاده انه ينفذ قضاؤه - وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ اه ) فعبارتها كما ترى انما هي في ترجيح نفاذ

القضاء على الغائب لا في بيان الاكتفاء بتبليغـه ما دون الثلاث فكما ان عبارتها ليست ظاهرة في ذلك لم تكن مسوقة لهذا الحكم .

[ فان ابي المحيء فهمه الحاكم بانه سينصب له وكيلا وسيسمع الدعوى والبينة في مواجهته وبعد التدقيق ان تبين انها مقارنة للصحة وثبت الحق حكم بمقتضى ذلك ]

ولا مندوحة عنه لانه نصب لاحياء الحقوق وهذا من ضروراته ولكونه منصوبا وكيلا عن الغائب من قبل الشرع لا من قبله فليس له وظيفة غير الانكار حتى تقوم عليه بينة المدعي فلو اتى بدفع مثلا بان قال ان المال المدعى به قد اداه الغائب او ابراه منه وتصدى للاثبات او لتحليف المدعي، لا يسمع منه غير انه لو اقر لا يصح اقراره فاعتبرنا انكاره فقط وان كان لا علم له بكون الغائب مديونا او بريء الزمة باعتبار ان الاصل في الذمم البراءة كما في المادة ( ٨ ) — ثم اذا حكم على الغائب بعد اثبات المدعي دعواه بالبينة الشرعية المزكاة سرا وعلنا فللغائب اذا حضر ان يطعن بالشهود بان في شهادتهم جر مغنم او دفع مغرم او يدفع دعوى المدعي بانه اوفاه او ابراه — ان وجده الحاكم مقبولا عمل بمقتضاه واذا لم يثبت وقال ما عندي بينة واني احلفه واطلب الحكم عليه حكما معلقا على يمينه فعلى مذهب الحنفية لا يجاب لذلك واليه اشارت المادة لان الحكم معلقا على اليمين ليس احد اسباب الحكم اعني البينة او الاقرار او اليمين او النكول عنه بقولها وسمع الدعوى والبينة لكن تسهيلا لمصالح العباد ونظرا لاحوال الزمان ورد الامر السلطاني كما في تعليمات الاحكام الشرعية المبلغة لحكام الشرع ان يكون العمل على احد قولي الامام الشافعي بالحكم على الغائب بلا نصب وكيل

مسخر حكما معلقا على يمينه بعد تحليف المدعي استظهارا وان لم يكن له بينـة .

المادة ١٨٣٥ - يبلغ الحكم الغيابي الواقع على المنوال المشروح للمدعى عليه .

وهـذا ظاهر .

المادة ١٨٣٦ - اذا حضر المحكوم عليه غيابا الى المحكمة وتشبث بدعوى صالحـه لدفع دعوى المدعي تسمع دعواه وتفصل على الوجه الموجب وان لم يتشبث بدفع الدعوى او تشبث ولم يكن تشبثه صالحا للدفع ينفذ الحكم الواقع ويجري .

المادة ١٨٣٧ - الدعوي التي حكم واعلم بها موافقـة لاصولها المشروعة اي موجودا في الحكم اسبابه وشروطه لا يجوز رؤيتها وسماعها تكرارا .

ذكر قيدين لمنع رؤية الدعوى تكرارا . الاول قوله التي حكم واعلم بها . الثاني قوله موافقة لاصولها المشروعة مثلا ادعى زيد على عمرو ان الدار التي في يدك ملكي وطلب تحليفه للعجز عن البينة فنكل عن اليمين فحكم عليه القاضي ثم بعد الحكم راجع القاضي وقال ان الدار المحكوم علي بها كنت اشتريتهـا واسند الشراء الى ما قبل النكول والحكم فهذه الدعوى هي الاولى بعينهـا ما تغير شكلها ولا شخص

المتداعيين وقد حكم عليه بناء على النكول فلا تسمع ثانيا فالاشتغال بها عبث فالقيد الاول اعني قوله التي حكم بها احترازا عن نحو هذا — لكن لو اتى بدفع مقبول لم يكن في الدعوى الاولى يسمع وتعاد الدعوى سواء قبل الحكم او بعده كما سياتي في المادة ١٨٤٠ كذلك تعاد لو نقض الحكم من محكمة التمييز الشرعية اذا ميزها المحكوم عليه . ولو قال اشتريتها منه بعد القضاء تسمع لانها دعوى جديدة — بخلاف ما لو رجع قبل الحكم عن النكول وقال احلف فلا مانع لان الدعوى لم تنته بالحكم . ولو حكم مثلا بشاهد ويمين او بحل المطلقة ثلاثا لزوجها بمجرد عقد نكاحها على آخر ، وقد طلقها قبل الوطء فيما ان هذا مخالف لنص ( واستشهدوا شهيدين من رجالكم ) ولحديث العسيلة المشهور يجب على القاضي الرجوع عنه الى الحكم بالصواب . فالقيد الثاني وهو موافقة لاصولها المشروعة احتراز عن مثل هذا ثم العبرة لمجرد الحكم وان لم يجرد فيها اعلام .

وكما ان المحكوم عليه بشيء لا تسمع دعواه فيه بعد الحكم — كذلك لا تسمع فيه دعوى من تلقى الملك منه فلو باع زيد ثوبا من كامل وباع كامل من عبد الرحمن وعبد الرحمن من سعيد . فادعى خالد على سعيد صاحب اليد الملكيه المطلقة فانكر وقال ملكي لاني شريته من عبد الرحمن وعبد الرحمن من كامل وكامل من زيد فاثبته خالد بالبينة ، يتعدى الحكم الى بائعه وبائع بائعه وبائع بائع بائعه وهكذا — فلو حضر احد منهم وادعى انه ملكه لا تسمع ولا يحتاج الى اعادة البينة لان الدعوى لا ترى مرتين — لكن هذا كما في المثال مقيد بما اذا قال المشتري في جواب المدعي هذا ملكي لاني اشتريته من فلان فبذلك يصير البائع مقضيا عليه فلا تسمع دعوى الملك منه اما اذا قال في الجواب هذا ملكي ولم يزد عليه لا يصير البائع مقضيا عليه فتسمع منه دعوى الملك والارث كالشراء ( تنوير وتفصيله هناك .

وفي البزازية من القضاء في ( نوع في علمه ) : المورث اذا صار مقضياً عليه

في محدود ومات فادعى وارثـه ذلك المحدود ان ادعى ارثا منه ، لا تسمع — وان ادعى مطلقا يسمع ولو على القلب بان كان المدعي هو المورث والمقضى عليـه اجنبيا فلما مات المورث ادعى المقضي عليه هذا المحدود مطلقا على وارثه لا يسمع . ادعى الخارج كون الدار ميراثا له من ابيـه وصاحب اليد ادعى كونها له فبرهن الخارج وقضى له ثم ان الاخ للمقضى عليه ادعى كونها ميراثا له من ابيه الى المقضى عليه وبرهن يقضى بنصفها للمدعي — هذ لان المقضى عليه اولا وهو اخوه لم يذكر كونها ميراثـا فاقتصر القضاء عليه .

والحاصل ان الدعوى بعد الحكم لا يجوز تكرار رؤيتها — الا اذا تغير شكلها بان زيد عليها دفع لم يكن قبل كما مر في المادة ١٦٣١ وسياتي في المادة ( ١٨٤٠ ) او تبدل الخصم كما لو حكم لمستحق على المشتري في دعوى الاستحقاق وتسلم المحكوم به ثم ظهر مستحق آخر ليس من الباعة تسمع دعواه على المستحق لان الحكم لا يتعدى اليـه حيث لم يكن من الباعة — وذلك لان رؤية الدعوى تكراراً وهي على الشكل السابق ولم يتبدل الخصم ، مناف اصيانة الحكم والحكم يصان عن الابطال حتى وليس للقاضي ذلك .

فقد صرح في الهندية في الباب العاشر من القضاء اذا قال القاضي بعد ما قضى في حادثة رجعت من قضائي او بدالي غير ذلك او قال ابطلت حكمي او قال وقفت على تلبيس الشهود واراد ان يبطل حكمه لا يعتبر هذا الكلام منه — والقضاء ماض على حاله اذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة وعدالة الشهود ظاهرة — لكن اذا كان هذا باقرار الشهود او المحكوم له يبطل القضاء لما في الهندية ايضا عن فتاوى النسفي رحمه الله تعالى عبد ادعى حرية نفسه وقضى القاضي بها ببينة اقامها العبد ثم قال العبد كذبت انا عبـد هذا الرجل هل يبطل القضاء بالحرية لا رواية لهذه المسئلة في شيء من الكتب قال وينبغي ان لا يبطل القضاء — وهذا بخلاف ما لو ادعى رجل على رجل مالا وقضى القاضي بالمال

للمدعي بالبينة ثم قال المدعي كنت كاذبا فيما ادعيت حيث يبطل القضاء. واذا قال المدعي بعد القضاء المقضي به ليس ملكي لا يبطل القضاء. بخلاف ما اذا قال لم يكن ملكي لان قوله ليس ملكي يتناول الحال وليس من ضرورة نفي الملك للحال انتفاؤه من الاصل – بخلاف قوله لم يكن ملكي – المقضى عليه اذا قال ما قضى به لي فهو حرام او امر انسانا ان يشتري ذلك له من المقضى عليه فهذا يبطل الحكم كذا في التتارخانية – تكذيب المشهود له الشهود وتفسيقه اياهم بعد القضاء يبطل القضاء على ما هو اشارات الاصل والجامع وكان القاضي الامام ابو علي النسفي يقول تفسيق المشهود له الشهود بعد القضاء لا يبطل القضاء. وظن بعض مشايخنا ان ما قاله القاضي الامام مخالف لاشارات الجامع وليس كذلك لان المراد مما ذكر في الجامع تفسيق ينشأ من تكذيب المشهود له وانه يوجب بطلان القضاء كما يمنع جواز القضاء والمراد مما قاله القاضي الامام، نفس التفسيق بان قال هم زناة هم شاربوا الخمر لا تفسيق ينشأ من التكذيب ونفس التفسيق لا يمنع القضاء كما لا يبطل القضاء وتمامه في الهندية .

المادة ١٨٣٨ – اذا ادعى المحكوم عليه بان الحكم الذي لحق في حق الدعوى ليس موافقاً لاصوله المشروعة وبين جهة عدم موافقته وطلب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور فان كان موافقا لاصوله المشروعة يصدق والا يستأنف .

[اذا ادعى المحكوم عليه بان الحكم الذي لحق في حق الدعوى ليس موافقا لاصوله المشروعة ]

اعلم اولا ان القاضي اذا كان مقلدا وقيد له السلطان ليحكم بمذهب احد الائمة المجتهدين كابي حنيفة فهو مقيد بمذهبه فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى الحكم بمذهب آخر هندية عن الفتح . وجميع القضاة في زماننا مقلدون ومقيدون بالحكم على اصح الاقوال من المذهب المشار اليه فاذا جرى حكم القاضي في حادثة جرت فيها الخصومة بين يديه فاستأنفه المحكوم عليه فكما اشارت اليه المجلة يدقق الحكم من حيث انه موافق للاصول المشروعة في ذلك المذهب ام لا - وان كان مجتهدا وحكم بما يراه اجتهادا وجاء قاض آخر مثله رفع اليه حكم الاول ، ينظر ان كان القضاء في المجتهدات نفذه اي صدقه سواء كان موافقا لاجتهاده او مخالفا لان كلا منهما يعتقد ان رايه صواب وراي صاحبه بالعكس فلا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء فلا ينقض بما هو دونه حتى لو قضى بابطاله ثم رفع الى قاض آخر فالثالث ينفذ قضاء الاول ويبطل قضاء الثاني لان قضاء الاول كان في موضع الاجتهاد والقضاء في المجتهدات نافذ بالاجماع فكان القضاء من الثاني مخالفا للاجماع فيكون باطلا زيلعي وشلبي عن المحيط . وفي التنوير والكنز والهداية وغيرها استثني من المجتهدات الاقضية المخالفة لنص الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع قيد السنة بالمشهورة احترازا عن الغريب زيلعي .

والمراد بنص الكتاب كما في الوقاية على الهداية الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امراة الاب وجاريته ووطئها ان وطئها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه لعدم جواز الاجتهاد في مورد النص كما في المادة ١٤

مثال خلاف السنة المشهورة الحكم بمجرد نكاح الزوج الثاني بلا دخول فان اشتراط الدخول ثابت بالحديث المشهور وهو حديث العسيلة - ومثال عدم جواز الاجتهاد في حكم يخالف الاجماع الحكم بحل المتعة

لاجماع الصحابة على فساده وكبيع ام الولد فلو حكم ببيعه ورفع حكمه الى قاض آخر ، لا ينفذه لاجماع التابعين ومن بعدهم على منعه . وهذا ظاهر على قول محمد بان الاجماع المتاخر يرفع الخلاف المتقدم - وعلى قول الامامين بانه لا يرفع ، لا يجوز ايضا لما في رد المحتار نقل القاضي ابو زيد في التقويم ان محمدا روى عنهم جميعا ان القضاء ببيعها لا يجوز ونقل الزيلعي عن شمس الائمة انه يرتفع به بلا خلاف فعلى هذا انما ينفذ حكم الحاكم فيه على قولهما ، لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضاء القاضي بخلافه لضعفه فالاجتهاد في المواضع الذي هو خلاف ما اجتمع عليه اكثر العلماء واجلهم لا يجوز لعدم اعتبار مخالفة ذلك البعض لما عليه الجمهور .

قال في الفتح فهذا لا يعتبر لتسويغ الاجتهاد ولا نعني انه لا يعتبر لانعقاد الاجماع اي للفرق بين الاجماع الذي هو احد الاركان الاربعة في الاصول وبين الاجتهاد من واحد او اثنين في مسئلة هي خلاف ما عليه اكثر علماء السلف .

قال في هذا المقام ليس المراد بالبعض ما دون النصف او ما دون الكل بل الواحد والاثنين والا يلزم عدم اعتبار قضاء في محل مجتهد فيه اصلا اذ ما من محل اجتهاد الا واحد الفريقين اقل من الفريق الآخر اذ لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمثلوه قط الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو اجتهاده رضي الله عنه في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه وهو خلاف من رجل واحد فالمراد اذا اتفق اهل الاجماع على حكم يخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد - حتى لا ينفذ القضاء بذلك الواحد في مقابلة قول الباقين ثم هذا اعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك اولا والذي صححه شمس الائمة واختاره ان ذلك الواحد المخالف ان سوغوا له اجتهاده ، لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا لا يصير المحل مجتهدا فيه لان ذلك خلاف لا اختلاف .

والفرق بينهما كما في العيني على الهداية ان الخلاف هو ان يكون

الطريق مختلفا والمقصد مختلفا فافهم فانه دقيق . وفي الفتح ما ملخصه المراد بالكتاب هو المجمع على ما اريد به او ما يكون المراد مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تاويله بدليل مجمع عليه فالاول ( حرمت عليكم امهاتكم ( فلو قضى قاض بحل ام امراته كان باطلا لا ينفذ لاجماع الامة على هذا دخل بالبنت اولا — والثاني نحو ( ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ) فلا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا ومثل هذا كثير فالشافعي وان اوله بالمذبوح للاصنام زمان الجاهلية وقد خالفه الحنفي في هذا التاويل فوقوع الخلاف في انه مؤول او غير مؤول ، لا يقضى لاحد المتناظرين القائل بانه غير مؤول يمنع الآخر من الاجتهاد فيه نعم يترجح احد القولين على الآخر بثبوت دليل التاويل فيقم الاجتهاد في بعض افراد هذا القسم انه يسوغ فيه الاجتهاد اولا ولهذا تمنع الحنفية نفاذ القضاء في بعض الاشياء كهذا ويجيزه الناظر الآخر ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا وان كان كثير لم يحك الخلاف

وتتميا للفائدة نسرد ما ذكره في البحر اخذا عن الامام الخصاف ، المواضع التي نص اهل المذهب على مسائل لا ينفذ القضاء فيها وهي قضى ببطلان الدعوى بمضي سنين (١)

او فرق بين الزوجين للعجز عن النفقة حال غيابه او حكم بصحة نكاح مزنية ابيه وابنه او بصحة نكاح ام مزنيته او بنتها او بصحة نكاح المتعة او بسقوط المهر بلا بينة او اقرار ، اخذا بقول البعض ان قدم النكاح يوجب سقوط المهر او بعدم تاجيل العنين او بعدم صحة الرجعة بلا رضاها او بعدم وقوع الثلاث على الحامل او بعدم وقوع الثلاث

---

١ كما قال بعضهم اذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو في المصر بطل حقه فلا ينفذ القضاء به لانه قول مهجور فاذا رفع الى آخر ابطله وجعل المدعي على حقه رد محتار عن الخانية

على غير المدخولة او بعدم وقوع الطلاق في طهر جامعها فيه او بنصف الجهاز لمن طلق امرأته قبل الدخول بها بعد قبض المهر والتجهيز او بالشهادة على خط ابيه او بشاهد ويمين او في الحدود والقصاص بشهادة رجل وامرأتين او بما في ديوانه وقد نسي او بشهادة شاهد على صك لم يذكر ما فيه الا انه يعرف خطه وخاتمه ( ١ ) او بشهادة من شهد على قضية مختومة من غير ان تقرا عليه او بقضاء المرأة في حد او قود او بقضاء عبد او في قسامة بقتل او فرق بين الزوجين بشهادة واحدة على الرضاع او قضى لولده بشهادة الاجانب او حكم بالحجر على مفسد مستحق له ( ٢ ) او بصحة بيع نصيب الساكت من قن حرره احد الشريكين معسرا او بجواز بيع متروك التسمية عامدا او بجواز بيع ام اولد او ببطلان عفو المرأة عن القود بناء على قول البعض انه لا حق لهن فيه

---

( ١ ) اي لعدم العمل بمجرد الخط فلا يحل للشهود ان يشهدوا الا باحد معان ثلاثة اما ان يقرا المشهود عليه الكتاب عليهم وكتبه غيره او قرىء الكتاب عليه بين يدي الشهود فيقول هولهم اشهدوا علي بما فيه كذا في التكلمة في رواية النوادر عن ابي حنيفة : ويستثنى من ذلك ما وجده القاضي في ايدي القضاة الماضين وله رسوم في دواوينهم ويشير الى ذلك ما قاله في الاسعاف من انه استحسان واستثنى ايضا تبعا لما في الخانية خط البياع والسمسار والصراف .

(٢) وفي منحة الخالق على البحر الرائق عن شرح ادب القضاء ولو ان قاضيا حجر على رجل يستحق لجاء قاض آخر فاطلق حجره واجاز ما صنع كان اطلاقه جائزا وما صنع في ماله من شراء ان بيع قبل اطلاقه وبعد اطلاقه عنه جاز لوجهين احدهما ان الاول ليس بقضاء لعدم المقضي له والمقضي عليه بل فتوى منه فكان للثاني ان لا يعمل به فيطلق والثاني ان كان قضاء فنفس القضاء مجتهد فيه فلا يكون حجرا منه بل يتوقف

ج — ٦

( ٦ ) او بصحة ضمان الخلاص والزامه تسليم الدار عند الاستحقاق ، او بالزيادة في معلوم الامام من اوقاف المسجد ، او بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملًا بقول سعيد ، او بعدم تملك الكفار مال المسلم المحرز بدارهم او بجواز بيع درهم بدرهمين اخذا من قول ابن عباس المار ، او بصحة طلاق المحدث ، او بالقسامة على اهل المحلة بتلف المال قياسا على النفس ، او بحد القذف بحكم التعريض ، او بقرعة في رقيق اعتق الميت واحداً منهم ، او بعدم جواز تصرف المراة في مالها بغير اذن زوجها قال

---

على امضاء قاض آخر ان امضاه نفذ وصار قول القاضي الثاني ، بيانا في محل مجتهد – والبيان من الثاني في محل مجتهد ، يكون بمنزلة القضاء في محل مجتهد – ولو قضى في مجتهد فيه ينفذ قضاؤه ولا يكون للثاني ان يرده – فكذا اذا بين الثاني لا يكون للثالث ان يرده فاذا رد القاضي الثاني القضاء الاول ، بطل فلا يكون للثالث ان ينفذه – وصار هذا نظير القاضي اذا قضى في حادثة وهو محدود في قذف فان القضاء لا يكون حجة حتى يتصل به الامضاء من القاضي الثاني اه وانت خبير بان كلامنا فيما لا ينفذ القضاء فيه والقضاء بالحجر لا ينفذ كما علمت من انه فتوى لكن لو نفذه قاض آخر نفذ ( ٦ ) يريد به ان الانسان يبيع داره من انسان ويضمن له الخلاص او غير البائع يضمن له الخلاص وتفسيره انه لو جاءه مستحق واستحقها فهو ضامن للخلاص يستخلص الدار من يد المستحق اما شراء او هبة او بوجه من الوجوه فاذا ضمن كذلك ثم ظهر الاستحقاق فرفع الى قاض آخر يرى ذلك الضمان صحيحاً فقضى عليه بتسليم الدار ثم رفع الى آخر لا يراه فانه يبطله لانه شرط لا يقدر على الوفاء به وهذا التفسير قول ابي حنيفة واختيار الخصاف – واما عندهما فهو والعهدة والدرك واحد وهو الرجوع على البائع عند الاستحقاق وتمامه في شرح ادب القضاء .

الزيلعي وحاصله ان الذي قضى به الاول لايخلو من اربعة اوجه اما ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه - واما ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم - واما ان يكون الخلاف في نفس القضاء لا في السبب ونفس المسئلة ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فاذا قضى فحينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجح احدها وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب او قضى الفاسق او المحدود في الاصح لا ينفذ - الا اذا رفع الى حاكم آخر فقضى بصحة حكمه فحينئذ يلزم ولو فسخه انفسخ لان الاختلاف في نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله .

واعلم ان تسويغ الاجتهاد فيما يخالف الاجماع يشمل ما اذا كان الاجماع على حكم من الاحكام او على تاويل السمعي ، ويشمل ما نقل فيه عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة حتى روي انه رجع عنه ( فتح ) وفي قول المجلة

[ وبين جهة عدم موافقته الخ ]

ذكر لسبب استئناف الحكم لا انه لا ينظر في فساد لم يبينه المحكوم عليه بل عند الاستئناف يفسخ الحكم لمطلق فساد فيه وان لم يبينه كما انه لو بين اسبابا غير واردة لا ينظر اليها [ والا ] اي وان لم يكن موافقا لاصوله المشروعة [ يستأنف ] اي تعاد المحاكمة من اولها مرة ثانية في تلك المحكمة التي اصدرت الحكم

٦-٢

## تتمة

لو قضى بخلاف رايه في المجتهد فيه ناسيا مذهبه نفذ عنده وفي العامد روايتان وعندهما لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوى

المادة ١٨٣٩ - اذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق الدعوى وطلب تمييز الاعلام الحاوي للحكم يدقق الاعلام المذكور فان كان موافقا لاصوله المشروعة يصدق والا ينقض .

لقائل ان يقول هذه المادة والتي قبلها مآلها متحد وذلك لان الاعلامات الشرعية ليس لها الا درجة واحدة وهي التميز بخلاف النظامية فالاستئناف والتميز مختلفا المعنى في اصطلاح القانون لا غير لان لكل منها مرجعا على حدة عند الاقتضاء فلا يرجع الى التميز في الاعلامات النظامية الا عند الفراغ من الاستئناف او مضي مدته القانونية - ولعلهم باعتبار مقاصد اولية اصطلحوا في باب الفتوى على فرق بين استئناف الاعلام الشرعي وتمييزه وهو ان المحكوم عليه اذا استدعا اعادة المحاكمة بناء على ما ظهر له ان الحكم غير موافق لاصوله المشروعة مبينا ذلك في لائحته يقال له مستانف اي طالب ابطال الحكم واعادة المحاكمة - وان قدم في لائحته الاعتراضية ان اعلام الحكم المتضمن لافادة الطرفين ومدافعاتها مخالف لما هو مندرج فيه جريدة الضبط وعليه تحال لائحته مع اعلام الحكم الى مجلس التدقيقات الشرعية كما كان في عهد الحكومة التركية فيقال لهذا بهذا الاعتبار مميز - والا فحيث كان العمل واحدا والمرجع واحدا والنتيجة واحدة تصديقا او ابطالا فما لفظ الاستئناف والتمييز وما لفظ

النقض والفسخ في الاعـلامات الشرعية الا الفاظ مترادفة لم تنقل عن موضوعها الشرعي .

المادة ١٨٤٠ - يصح دفع الدعوى قبل الحكم وبعـد الحكم بناء عليه اذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى، سببا صالحا لدفع الدعوى وادعى دفع الدعوى وطلب اعادة المحاكمة، يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له وتجري محاكمتهما ايضا . مثلا اذا ادعى احد الدار التي هي في تصرف الآخر بانها موروثة له من والده واثبت ذلك ثم بعد الحكم لو ظهر سند معمول به يبين ان والد المدعي قد باع الدار المذكورة الى والد ذي اليد تسمع دعوى ذي اليـد واذا اثبت ذلـك انتقض الحكم الاول واندفعت دعـوى المـدعي .

[ يصح دفع الدعوى قبل الحكم وبعد الحكم ]

اذا صح بعد الحكم فقبله بالاولى لانه بعد الحكم يكون رفعا للحكم وقبله دفعا له والدفع اسهل من الرفع - وهذا لا يرد على قولهم الدعوى اذا فصلت مرة بالوجه الشرعي مستوفية شرائطها الشرعية لا تنقض ولا تعاد ، لان هذا ليس على اطلاقه بل اذا لم يزد المدعي على ما صدر منه اولا اما لو جاء بدفع صحيح لم يذكره اولا او جاء ببينة بعد عجزه عنها فانه تسمع دعواه .

وفي الفصولين عن الذخيرة البرهانية كما يصح الدفع يصح دفع الدفع

وكذا يصح دفع دفع الدفع وما زاد عليه يصح وهو المختار وكما يصح الدفع قبل اقامة البينة يصح بعدها وكما يصح الدفع قبل الحكم يصح بعد الحكم - حتى لو برهن على مال وحكم له ثم برهن خصمه ان المدعي اقر قبل الحكم انه ليس له عليه شيء يبطل الحكم - وفيه لقول وينبغي ان لا يبطل الحكم لو امكن التوفيق بحدوثه اي المال بعد اقراره على ما في فتاوي رشيد الدين لم يبطل الحكم الجائز بشك قال : ودليل صحة هكذا ان القضاة يكتبون في سجلاتهم بعد ذكر الحكم وتركت كل ذي حق ودفع على حجته ودفعه لو اتى به يوما من الدهر وان لم يسم الدفع بعد الحكم تحت كتابة هنا وفي فتاوى القاضي ظهير الدين متقدموا مشايخنا جوزوا دفع الدفع وبعض متاخريهم على ان الدفع يصح لا دفع الدفع وقيل دفع الدفع يصح ما لم يظهر احتيال وتلبيس .

## بنـــاء عليه

اي على صحة الدفع .

## [ اذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى سبباً صالحا ]

اي مقبولا شرعا .

## لدفع دعوى

فلو كان غير صالح للدفع فلا يقبل وذلك اما انه يكون الدفع

مناقضا لشيء سبق من الدافع ، او بان يكون بين الدفع وبين ما يدعي المدعي تعارض — وكل منهما محل للاحتمال وقد تقوى الاول بالحكم فسقطت معارضته — مثال الاول كفل بثمن او بمهر ثم الكفيل برهن على فساد البيع والنكاح ، لا يقبل لان اقدامه على التزام المال اقرار منه بصحة سبب وجوب المال فلا يسمع منه بعده دعوى الفساد ولو برهن على ايفاء الاصيل او على ابرائه تقبل لانه تقرير للوجوب السابق كذلك لو ادعى ثمن دابة فانكر خصمه الشراء فبرهن عليه المدعي فبرهن خصمه على ايفاء ثمنه لا يسمع للتناقض — ومثال الثاني لو اتى بالدفع بعد الحكم ففي بعض المواضع لا يقبل كما لو ادعى على آخر دارا وبرهن فحكم له بها ثم بعد الحكم قال المحكوم عليه ان المدعي اقر قبل الدعوى انه لا حق له في الدار لا يبطل الحكم لجواز التوفيق بان شراه بخيار فلم يملكه في ذلك الزمان فاقر ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فملكه فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم بشك . ولو برهن قبل الحكم تقبل ولا يحكم اذ الشك يمنع الحكم ولا يرفعه — فعلى ما قدمناه الدفع يبقى سببا صالحا .

[ وادعى دفع الدعوى وطلب اعادة المحاكمة يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له تجري محاكمتهما ايضا مثلا اذا ادعى احد الدار التي هي في تصرف الآخر بانها موروثة له من والده واثبت ذلك ثم بعد الحكم لو ظهر سند معمول به ]

او بينة عادلة [ يبين ] كل منهما

[ ان والد المدعي قد كان باع الدار المذكورة الى والد ذي اليد تسمع دعوى ذي اليد واذا اثبت ذلك انتقض الحكم الاول واندفعت دعوى المدعي ]

انظر المادة ( ١٨٢٠ ) وخرج عن ذلك مسائل خمسة الدعوى راجع المادة ١٦٣٧ وشرحها فلو ادعى عينا في يد احد وبرهن ثم بعد الحكم لو قال هذا الشيء اودعنيه او اعارنيه او رهنيه او آجرنيه فلان ، لا تسمع دعواه بعد الحكم وقبل الحكم تسمع وتندفع الدعوى — كذلك لو برهن على انه ابن عم الميت وذكر النسب فبرهن خصمه ان جد الميت فلان ، غير الذي بينه المدعي — ان لم يقض بالاول ، لا يقضى بشيء للتعارض ولو قضى بالاول لا يقضى بالثاني — كمسئلة تطليق امراته يوم النحر بالكوفة في هذه السنة اي لو كان البينتان قبل الحكم باحداها يتعارضان تسمع لدفع الحكم وبعده لا تسمع ولو برهن بعد الحكم ان قاضيا آخر حكم قبله بما ذكر خصمه من النسب ينبغي ان يبطل الحكم الثاني لسبق الاول — ولو برهن انه ابن عمه لابيه وامه فبرهن الدافع انه ابن عمه لامه لا لابيه قبل الحكم بالاول ، يندفع وكذا لو برهن ان الميت اقر انه ابن عمي لامي لا لابي . وانظر ما قدمناه في شرح المادة ( ١٧٥٦ ) .

## تتمة

في الفصولين ايضا عن فتاوى القاضي ظهير الدين لو ادعى النكاح ، فدفعه دعوى طلاق او اقرار بحرمة المصاهرة او برضاع — ادعى رجوعا في هبة فدفعه دعوى التعويض والزيادة المتصلة او انه ذو رحم محرم من

الواهب . ادعى شراء دار من فلان ، فدفعه ان يدعي ذو اليد شراءه من فلان ذلك - برهن انه شراه من فلان يوم كذا سنة كذا فبرهن ذو اليد ان فلانا ذلك اقر قبل تاريخ شرائك او قبل شرائك بسنة انه ملك اخيه فلان وصدقه اخوه فلان وانا شريته من اخيه المقرله اتفقت اجوبة المفتين على صحة هذا بالدفع ثم استفتوا بعده ان المدعي لو طلب من ذي اليد بيان وقت ذلك الاقرار انه متى كان وفي اي شهر كان هل يكلف عليه ، اتفقت اجوبتهم ايضا انه لا يكلف لازه بين مدة بقدر الحاجة حيث قال قبل شرائك او قبل تاريخه - ادعى ملكا مطلقا او بالنتاج وبرهن فدفعه ان يدعي ذو اليد نتاجها

# الباب الرابع

## ﴿ في بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم ﴾

المادة ١٨٤١ - يجوز التحكيم في دعاوي المال المتعلقة بحقوق الناس .

التحكيم مصدر من حكم بالتشديد يقال حكمه اي فوض اليه الحكم - وهو في الاصطلاح تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما . وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر فلو حكما رجلا فلم يقبل لا يجوز حكمه الا بتجديد التحكيم ( بحر عن المحيط ) . وشرطه من جهة المحكم

بكسر الكاف العقل لا الحرية - فتحكيم المكاتب والعبد الماذون ، صحيح ولا يشترط الاسلام فيه فتحكيم الذمي ذميا صحيح وتحكيم المرتد موقوف عنده فان حكم ثم قتل المرتد او لحق بطل الحكم وان اسلم نفذ وعندهما جائز بكل حال - ومن المحكم بفتح الكاف صلاحيته للقضاء بكونه اهلا للشهادة - فلو حكما عبدا او صبيا او محدودا في قذف لم يصح . وتشترط الاهلية وقت التحكيم والحكم جميعا - فلو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ او ذميا فاسلم ثم حكم لم ينفذ كما في المقلد - ولو حكما حرا او عبدا فحكم الحر وحده ، لم يجز وكذا اذا حكما وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لم ينفذ ولو حكم ذمي بين مسلمين فاجاز لم يجز كحكمه ابتداء ولهذا قالوا لو صلح المحكم قاضيا ولم يقولوا لو صلح شاهدا لان الشاهد لا يشترط صلاحيته وقت التحمل وانما يشترط وقت الاداء فقط واما القاضي والمحكم فيشترط صلاحيته وقت التقليد والقضاء كما علمته

ومن جهة المحكوم به ان لا يكون في حد ولا قود ولا دية لما سياتي - وصفته قبل الحكم وبعده اللزوم - وجوازه بنص قوله تعالى ( فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ) - قال في الفتح وفيه اي في هذا الاستدلال نظر لكن لم يبين وجهه

قال في البحر وجه النظر ان تحكيم المحكمين في هذه الآية لم يتراضيا عليه خصوصا وان المخاطب في ( فابعثوا ) هم الحكام لا المحكمون ولان الحكم عندنا انما يصلح فقط وليس له ايقاع الطلاق فهو وكيل فلم يكن من هذا القبيل اه

يقول الفقير قد يقال في دفع النظر بان امر الله تعالى للحكام بتوسيط مصلحين بينهما يدل على انه يقبل منهما التحكيم اذا هما اي الزوجان باشراه بل تسمية الله تعالى كلا منهما حكما واسناد الارادة اليهما في ( ان يريدا ) كاف في الاستدلال لما في التحكيم من معنى المصالحة .

وبالسنة وهي ما رواه النسآئي قال ابو شريح يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء فاتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه الصلوة والسلام ما احسن هذا وورد غير ذلك ايضا . وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وهو نوع من انواع القضاء اخر ذكره لان حكمه ادنى حالا من حكم القاضي فانــه اذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي رفع اليه ابطله والقاضي لا يجوز ابطال حكمه الا اذا خالف الكتاب او السنة او الاجماع – والقاضي يجوز حكمه في كل شيء لان ولايته عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له – والمحكم لا يجوز حكمه في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنى والشرب والسرقة باتفاق الروايات وفي غير الخالصة كالقصاص وحد القذف كذلك لا يجوز في الصحيح وعليه اتفقت كلمة المتون ومشي عليه الخصاف – والفرق ان حكم المحكم ليس بحجــة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفي بالشبهات – ويعلل في القصاص ايضا بان التحكيم فيه معنى الصلح وهما لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته – واما عدم جواز حكمه في الدية فيما لو حكماه في دم خطا فلا يخلو اما ان يحكم بالدية على العاقلة فلا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين – وان كان في مال القاتل رده القاضي ويحكم بالدية على العاقلة لانه مخالف لنص حديث ابن مالك ( قوموا فدوه ) الا اذا ثبت القتل باقراره فيصح في مال القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار ولان حكم المحكم ينفذ على المحكمين خاصة ولا يتعدى الى غيرهما حتى لو حكماه في عيب بالمبيع فقضى برده ليس للبائع ان يرده على بائعه – الا ان يتراضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرده على الاول استحسانا ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا ان يرضى الموكل بتحكيمه معها – وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم

في التوكيل ففي لزومه للموكل روايتان - وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح كما تقدم - والحكم لا يقبل كتابه الى القاضي ولا كتاب القاضي اليه فان كتب اليه قاض فرضي به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب وقول المجلة ( في دعاوي المال ) قيد احترازي خرج نه الاشياء المتقدمة اه ملخصا من البحر والفتح وخلافها

المادة ١٨٤٢ - حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ الا في حق الخصمين اللذين حكماه وفي الخصوص الذي حكماه به فقط ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر خصوصاتهما .

## حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ

من عطف الملزوم على اللازم لان عدم الجواز يستلزم عدم النفاذ .

## الا في حق احد الخصمين

استثناء مفرغ اي لا ينفذ في حق احد من الناس الا في حق احد الخصمين اذا كان موافقا للشرع استفيد ن هذه الفقرة ان حكم المحكم قاصر على الطرفين اللذين حكماه ولا يتعدى الى غيرهما حتى ولا في المسائل التي يكون الحكم فيها على الحاضر حكما على الغائب راجع المادة ١٨٣٢ وبناء على ان حكمه نافذ في حق الخصمين فقط

قال الزيلعي لو اخبر هذا المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على حالهما في تحكيمه يقبل قوله ، لان الولاية قائمة - وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية قال في النهاية يعني لو قال المحكم بينهما لاحدهما قد اقررت عندي لهذا بكذا وكذا او قامت عندي بينة عليك بكذا وكذا فعدلوا وقد الزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون قد اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي بذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه وقال في المحيط حكما رجلا ما دام في مجلسه وقالا لم تحكم بيننا وقال الحكم حكمت ، فالحكم مصدق ما دام في مجلسه لانه حكى ما يملك استئنافه فيملك الاقرار به وجعل اقراره كانشاء الحكم ولا يصدق بعده لانه لا يملك انشاء الحكم ولا يملك الاقرار به - وقال فيه المحكم انما يخرج عن الحكومة باحد اسباب ثلاثة اما بالعزل او بانتهاء مدة الخصومة بان كان وقتا فمضى الوقت او بخروجه من ان يكون اهلا للشهادة

وفي الهندية واذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم بينهما فقضى لاحدهما على صاحبه في بعض الدعاوي الذي حكماه في ذلك ثم رجع المقضى عليه عن تحكيم هذا الحكم فيما بقي بينهما من الدعاوي فان القضاء الاول نافذ وما يقضي بعد ذلك لا ينفذ وانما قيد الخصمين بقوله

## الذين حكماه

لان ولايته خصوصية على من حكماه فقط بخلاف القاضي فان ولايته عامة فلو ادعى رجل قبل رجلين انهما غصباه ثوبا او شيئا من المكيلي

او الوزني فغاب احدهما ورضي الآخر والمدعى عليه ، بحكم يحكم بينهما فاقام المدعي بينة على حقه عليهما فانه يلزم الحاضر نصفه ولا يلزم الغائب منه شيء. وكذلك على هذا اذا ادعى رجل على ميت دينا وورثته غيب الا واحدا فاصطلح هذا الوارث مع المدعي على حكم يحكم بينهما فاقام المدعي بينة على الميت بحقه وحكم الحاكم بذلك ، لا يظهر حكمه في حق الغيب غير ان في مسئلة الورثة يقضي على الحاضر بجميع الدين ويستوفي ذلك مما في يده وفي مسئلة الغصب يقضي على الحاضر بالنصف — واذا اشترى من آخر دابة وقبضها ونقد الثمن ثم طعن بعيب واصطلحا على حكم فقضى بالرد على البائع ، فهو جائز فان اراد البائع ان يخاصم بائعه في ذلك العيب لا يجوز - ولو اصطلحوا جميعا على حكم هذا المحكم المشتري الثاني والمشتري الاول والبائع الاول ورد هو الدابة على البائع فاراد البائع الثاني ان يردها على البائع الاول ليس له ذلك قياسا وله ذلك استحسانا — وجه القياس ان البائع الاول ليس بخصم للحال اذ لا خصومة معه في العيب قبل الرد على البائع الثاني فصار وجود هذا التحكيم والعدم ، بمنزلة ولو نقض البائع الاول الحكومة بعد ما رد الدابة على الثاني قبل ان يرد عليه صح النقض — واذا صح العزل لا يملك الحكم رد العبد على البائع الاول بعد ذلك - وان خاصم البائع الثاني البائع الاول بعد ذلك بسبب هذا العيب عند قاض من القضاة ، فالقياس ان لا يرده القاضي على البائع الاول وفي الاستحسان يرده — ولو ان رجلا باع سلعة رجل بأمره فطعن المشتري بعيب فحكما بينهما حكما برضى الآخر فردها الحكم على البائع بسبب ذلك العيب باقرار البائع او بنكوله او ببينة قامت — فان كان الرد بالبينة او بنكول الوكيل فله ان يرده على الموكل - وان كان الرد باقراره بالعيب وذلك عيب لا يحدث مثله ، رده على الموكل ايضا فان كان يحدث مثله لم يرده على الموكل حتى يقيم البينة ان هذا العيب كان عند الموكل وان كانت الحكومة بغير رضى الآمر ، لم يلزم الآمر من ذلك شيء الا ببينة ، او كان عيبا لا يحدث مثله — ولو كان هذا الرجل اشترى

دابة لرجل بامره فطعن المشتري بعيب به وحكما فيا بينهما رجلا برضى الآمر ورده ببينة او باقرار او بنكول كان ذلك جائزا على الآمر وهذا ظاهر ولو كان التحكيم بغير رضى الآمر ورد ببعض ما ذكرنا اي ببينة ، فكذلك الجواب وكان الرد جائزاً على الآمر ( هندية عن المحيط ) وخرج عن هذا احد الشريكين اذا حكم هو وغريم له حكما فحكم بينهما والزم الشريك ، تعدى الى الشريك الآخر لان حكمه كالصلح والصلح من صنيع التجار فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح وقول المجلة ( فقط ) قيد للضمير في به اي لا يجوز حكمه في خصوصات بين المحكمين لم يحكماه بها فلو حكماه بدعوى بينهما بخصوص دين مثلا له ان يحكم بذلك ولا ينفذ حكمه بدعوى اخرى قائمة بينهما بخصوص دار او دابة لم يحكماه بها وقولها

[ ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر خصوصاتهما ]

لف ونشر مرتب .

المادة ١٨٤٣ — يجوز تعدد المحكم يعني يجوز نصب حكمين او ثلاثة او ازيد لخصوص ويجوز ان ينصب كل من المدعي والمدعى عليه حكما

يعني كما جاز للسلطان ان ينصب حاكما واحدا او متعددا يجوز ذلك للحكم رابع المادة ١٨٠٢ وفي الهندية واذا اصطلح الرجلان على حكم يحكم بينهما ولم يعطاه ولكنهما قد اختصما اليه وحكم بينهما ، جاز اذ يكفي معرفة شخصه وقت التحكيم واذا اصطلحا على غائب يحكم بينهما فقدم وحكم بينهما جاز واذا تقدما الى احدهما فقد عيناه للخصومة

ولا يبقى الآخر حكما واذا اصطلحا على ان يحكم بينهما اول من يدخل المسجد فذلك باطل لان شخصه مجهول

المادة ١٨٤٤ - اذا تعدد المحكمون على ما ذكر آنفا يلزم اتفاق راي كلهم وليس لواحد منهم ان يحكم وحده .

لان المحكم اعتمد على راي الجميع لا البعض فلا يكون راضيا بحكمه وحده فلا ينفذ حكمه - الا ان يكون المحكمون ماذونين من قبل من حكمهم ان يحكموا بكثرة الآراء فالظاهر انه يجوز - كما نراه في محاكم العدلية فهو نظير من فوض لاشخاص متعددين باجراء الصلح مع غيره على شيء متنازع فيه وقال لهم اذا اختلفتم في الرأي فاني راض بما رضاه اكثركم فانه يجوز . وما استظهره الفاضل حيدر افندي من عدم الجواز معللا بان المحكم يلزم ان يكون معلوما وفي هذه الصورة يكون مجهولا، غير ظاهر اذ اشخاص المحكمين معلومة والمجهول هو الرأي الذي سيبديه حين الحكم وهذا امر آخر غير جهالة الشخص طبيعي في كل محكم واحدا كان او اكثر

المادة ١٨٤٥ - للمحكمين ان يحكموا آخر ان كانوا ماذونين من الطرفين والا فلا .

اللام في المحكمين للجنس واللام الجنسية تبطل معنى الجمعية اذ المحكم الواحد لا يجوز له تحكيم غيره ايضا الا باذن من المحكم والحاكم كما في المادة ( ١٨٠٥ ) اذا لم يسغ له نصب نائب الا ان يكون ماذونا له من قبل السلطان فالحكم وهو ادنى حالا منه اولى - وفي الفتح لو امر

الامام رجلا بان يحكم بين النــاس وهو ممن تجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي ولو امر القاضي رجلا لم يجز الا باذن الامام الا ان يجيزه بعد الحكم او يتراضى به الرجلان بعد الحكم . ولو حكما رجلا فاخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعــده بينهما فــاجازاه جاز وليس للحكم ان يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فاجاز الاول لم يجز الا ان يجيزاه بعد الحكم — وقيل ينبغي ان يكون كالوكيل الاول اذا اجاز فعل الوكيل الثاني

المادة ١٨٤٦ اذا تقيد التحكيم بوقت يزول بمروره مثلاً الحكم المنصوب على ان يحكم من اليوم الفلاني الى شهر ليس له ان يحكم الا في مدة ذلك الشهر لا ان يحكم بعد انقضائه واذا حكم بعد الانقضاء لا ينفذ حكمه .

الاصل في هذا ما مر في المادة ١٨٠١ ان القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات فارجع اليها — والتحكيم ايضا من فروعه كما في الفتح .

وقوله لا ينفذ يشير الى انه لو قيد الطرفان للحكم مثلا ان يحكم في يوم السبت وهو اليوم الســابع من شهر كذا فحكم قبل ذلك اليوم او بعد مروره فاجاز الطرفان حكمه ينفذ لما مر في المادة ( ١٤٥٣ ) الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة الســابقة

المادة ١٨٤٧ — لكل من الطرفين عزل المحكم قبــل الحكم ولكن اذا اجازه الحاكم المنصوب من قبل الســلطان المأذون بنصب النائب بعد تحكيم الطرفين اياه يكون بمنزلة

نائب هذا الحاكم لانه استخلفه .

## [ لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم ]

وذلك لانه مقلد من طرفها وولايته مكتسبة منها فيملكان عزله كما ان السلطان يملك عزل الحاكم الذي قلده فالتحكيم كالتوكيل وهو من العقود الغير اللازمة فلا يدخله خيار شرط فلو حكماه وشرطا عدم عزله، لا ينعقد الشرط ولاحدهما عزله كالعارية والمضاربة والشركات فهي تنفسخ بفسخ احدهما لكن لا تتم الا برضى الطرفين
اما الاول فلما بينا انها من العقود الغير اللازمة .
واما الثاني فلان رضي الطرفين ركن والشيء لا يقوم بركنه — يتفرع على جواز العزل قبل الحكم ان احد الطرفين لو عزله اثناء المحاكمة على ظن انه سيحكم عليه ثم حكم بعد ذلك لا ينفذ حكمه لخروجه بالعزل عن ولاية الحكم — وقوله قبل الحكم احتراز عن وقوع العزل بعد الحكم فانه لا يؤثر ويبقى الحكم على النفاذ لصدوره عن ولاية شرعية . ولو حكماه في دعاو بينهما متعددة فحكم في بعضها ثم عزل فحكم في الباقي نفذ فيما قبل العزل لا بعده

## [ ولكن اذا اجازه الحاكم من قبل السلطان المأذون بنصب النائب بعد تحكيم الطرفين اياه ]

الظرف متعلق باجاز فليس لهما او لاحدهما عزله بل [ يكون ] الحكم بمنزلة نائب .

ذلك الحاكم

فكما انهما لا يقدران على عزل ذلك الحاكم او نائبه لا يقدران على عزل ذلك الحكم ، لانه بلجازة الحاكم صار بمنزلة نائبه المنصوب من قبله ٠

المادة ١٨٤٨ - كما ان حكم الحكام لازم الاجراء في حق جميع الاهالي اللذين في داخل قضائهم ٠

لعموم ولايتهم ٠

[ كذلك حكم المحكمين في حق من حكمهم ]

فقط لقصور ولايتهم كما تقدم في شرح المادة ١٨٤٢

[ بناء عليه ليس لاحد الطرفين ان يمتنع من قبول الحكم الذي وقع من المحكمين ]

لصدوره عن ولاية شرعية عليهما كما تقدم - ويبتني على لزوم الحكم ما في الهندية واذا حلف احد الخصمين ونكل عن اليمين وقضى عليه فقال المقضي عليه لا اجيز حكمه علي واحلف لحكمه عليه ماض - ولو كان من الابتداء اقام البينة على دعواه وعدلوا وحكم الحاكم بها على المدعى عليه ، جاز فان انكر المقضى عليه الحكم وانكر التحكيم وادعى المدعي

ذلك كان للمدعي ان يحلفه فان نكل لزمته دعوى صاحبه - وان كان المدعي اقام بينة على مـا ادعى من التحكيم والحكم، ينظر ان كان الشهود الذين شهدوا على التحكيم غير الذين جرى الحكم بشهادتهم قبلت شـهادتهم وان كانوا هم الذين جرى الحكم بشهادتهم لا تقبل شهادتهم اه اي لمحل التهمة لكن يشترط ان لا يكون المحكوم له من اصول المحكم ولا من فروعه ولا زوجة له ويجوز ان يكون احدهم محكوما عليه ( رد محتار )

المادة ١٩٤٩ — اذا عرض حكم المحكم على الحاكم المنصوب من قبل السلطـان صدقه ان كان موافقا للاصول والا نقضـه .

[ اذا عرض حكم المحكم على الحاكم المنصـوب من قبل السلطان صدقه ان كان موافقا للاصول ]

اذ لا فائدة في نقضه ورؤية الدعوى تكرارا مع كونه موافقا للاصول . وفائدة تصديقه انه ليس لحاكم آخر نقضه لان هذا التصديق بمنزلة الحكم من الحاكم فليس لحاكم آخر نقضه - بخلاف ما لو عرض حكمه على محكم آخر عيناه ليدقق في حكم الاول فصدقه فان تصديقه لا يمنع من النقض اذا عرض على حاكم آخر لا يوافق رايه ومذهبه ، لان حكم المحكم لا يرفع الخلاف في المجتهدات لقصور ولايته على من حكمه فقط وللقاضي اذا قضى في مجتهد فيه فرفع حكمه الى قاض آخر لا يرده لان القاضي له ولاية عامة على الناس فاذا صادف القضاء محله يكون حجة في حق الكل ( در و ط ) .

٦—٢

المادة ١٨٥٠ — اذا اذن الطرفان بالصلح المحكمين الذين جعلوهما مأذونين بالحكم توفيقا لاصوله المشروعة يعتبر صلحهم وهو انه اذا وكل احد الطرفين احد المحكمين والآخر الآخر بالصلح والخصوص الذي تنازعا فيه وتصالحا توفيقاً للمسائل المندرجة في كتاب الصلح ليس لاحد الطرفين ان يمتنع من قبول هذا الصلح ٠

لما تقدم في شرح المادة ١٨٤١ ان ذات التحكيم بمنزلة الصلح والصلح كما يجوز اجراؤه من الطرفين بذاتهما ، يجوز التوكيل بـه كما في المادة ١٤٥٩ — لكن في المواضع التي يكون الوكيل فيها سفيراً محضا يلزم على المحكم ان يضيف العقد فيها الى الموكل

وقد اقتصرت المادة ( ١٤٦٠ ) على ذكر بعضها فراجع شرحها وهي الهبة والاعارة والايداع والرهن والاقراض والشركة والمضاربة والصلح عن انكار — وزاد على ذلك في تنوير الابصار وشرحه النكاح والخلع والصلح عن دم عمد والعتق على مال والكتابة

قال في الدرر بعد قوله في المتن تتعلق بالموكل : وسره ان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات والوكيل اجنبي عن الحكم فلا بد من اضافة العقد الى الموكل ليكون الحكم مقارنا للسبب — اما النكاح فلان الاصل في البضع الحرمة فكان النكاح اسقاطا لها والساقط يتلاشى فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الاصالة ووقوع الحكم لغيره لجعل سفيرا ، ليقارن الحكم السبب عن شخص على سبيل الاصالة ووقوع الحكم لغيره لجعل سفيرا ليقارن الحكم السبب حتى لو اضاف النكاح لنفسه وقع له — بخلاف البيع فانه

يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بخيار فجاز صدور السبب عن شخص اصالة ووقوع الحكم لغيره خلافة — واما الخلع فلانه اسقاط النكاح والناكح المرأ والمنكوحة المراة والوكيل اما منه او منها — وعلى التقديرين يكون سفيرا محضا فلا بد من الاضافة الى الموكل — واما الصلح عن انكار فانه ايضا لا يشوبه معاوضة فلا بد من الاضافة الى الموكل — وكذا الصلح عن دم العمد فانه اسقاط محض والوكيل اجنبي سفير فلا بد من الاضافة الى الموكل — وهكذا الحال في البواقي هذا ملخص ما ذكره القوم في هذا المقام — ثم اننا نرى في هذه المواضع احكاما يختلف بعضها عن بعض — ففي بعضها اذا اضاف الوكيل العقد الى نفسه يقع لغوا ولا يبنى عليه حكم ، وفي بعضها يقع صحيحا في حق نفسه لا في حق موكله وفي بعضها يقع عن الموكل

مثال الاول لو قال وكيل الزوجة بالخلع لزوجها طلقني على مال بالاضافة الى نفسه ، او قال وكيل العبد لمولاه اعتقني على كذا ، او قال وكيل الصلح عن دم عمد او انكار صالحني على كذا فقال الآخر قبلت لم يصح .

ومثال الثاني ما لو اضاف النكاح الى نفسه كأن يقول وكيل الزوج للمراة زوجيني نفسك فقالت زوجت يقع النكاح للوكيل لا الموكل

ومثال الثالث ان يقول الوكيل من جهة المراة طلق فلانة بالف او اخلعها على الف او من جهة العبد اعتق عبدك على كذا او كاتبه على كذا فيقول وكيل الزوج او السيد فعلت بالاضافة الى نفسه يقع عن الموكل

وخلاصة ما ذكره العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر لامكان التوفيق بدفع هذا الاختلاف، ان معنى الاضافة الى الموكل في كلامهم هو ان يذكر الموكل في اثناء الكلام سواء اسند الوكيل الفعل الى نفسه او الى موكله فاذا كان وكيلا من جانب المراة يقول للزوج خالع امراتك على هذه الالف فخالع يتم بقبول الوكيل كما صرحوا به في الخلع — اما لو قال خالع فقط ولم يذكر اسم موكله فلا — ثم الذي يظهر من كلامهم

ان المراد هنا بالوكيل الذي لا بد من اضافة العقد الى نفسه ، هو الوكيل من جهة من يثبت له الملك لا الوكيل من جهة المملك بقرينة التعليل بان الحكم فيها لا ينفصل عن السبب ففي حق النكاح يقول وكيل الزوج زوج بنتك فلانا فيضيفه الى الموكل حتما لانه وكيل من جهة من يثبت له الملك ولو قال زوجني وقع له للموكل - واما وكيل الزوجة فيقول زوجت فيصح - وفيما يصلح في الجانبين ان يكون مالكا ومملكا كالطلاق يقول وكيل الزوج طلقت فلانة وفي الخلع يقول وكيل الزوج خالعتها على الف واما وكيل المراة فيقول قبلت بدون اضافة اليها وهكذا في العتق على مال والكتابة - ولو كان الطلب من جهة وكيل المراة او العبد ، يقول طلق فلانة بالف او اخلعها على الف او اعتق عبدك على كذا فيقول وكيل الزوج او السيد فعلت فيكتفي بالاضافة من احد الجانبين لان الملك من كل منهما فان المراة تملك نفسها وكذا العبد كما ان الزوج او السيد يملك العوض وفي الصلح عن انكار او دم عمد يقول الوكيل صالح فلانا عن دعواك عليه هذا المال ، او الدم فيقبل المدعي - ولو قال الوكيل في هذه المواضع اعتقني او اطلقني او كاتبني لم يصح ويكون لغوا بخلاف بعني وآجرني فانه يصح اضافتها الى نفسه كما مر - وكذا بقية الصور الآتية يقول الوكيل من جهة طالب التملك هب فلانا او تصدق عليه او اعره او ارهن عنده او اقرضه كذا - ولو قال هبني او تصدق علي او اعرني يقع له لا للموكل - واما الوكيل من الجانب الآخر وهو جانب المملك كما اذا دفع لرجل مالا ووكله بان يهبه لفلان مثلا فانه يسنده الى نفسه ويقول وهبتك وتصدقت به عليك ، او اعرتك ، او اودعتك من غير ان يقول وهبتك هذه الالف التي لفلان الموكل - فحيث كان المراد من اضافتها الى الموكل ما ذكر اعني ان يذكر الموكل اثنائها وتبين لك الفرق بين الوكيل من جهة من يثبت له الملك والوكيل من جهة من يملك بتشديد اللام ثم ميزت بين افراد تلك المواضع بين ما يكون اسقاطا محضا فيضيفه الوكيل الى نفسه مع التصريح بالموكل فيقول

زوجتك فلانة وبين ما يكون طلب تمليك لعين او منفعة او حفظ فلا يضيفه الوكيل الى نفسه بل الى الموكل فقط ويخرج كلامه مخرج الرسالة حاكيا كلام غيره نحو قولك هب لفلان كذا او اودعه كذا او اقرضه كذا الخ يظهر لك عند ذلك في اي صورة يقع العقد لغوا او صحيحا في حق الوكيل دون الموكل او صحيحا في حق الموكل ٠

---

هذا آخر ما يسر الله تعالى بتحريره من اكمال هذا الشرح المنتهي بقلم سيدي الوالد العلامة المرحوم مبتدأ من كتاب البيوع الى المادة ( ١٧٠٠ ) فتطفلت باتمام ما بقي وهو نحو ماية وخمسين مادة مع شرح القواعد الكلية ٠ اللهم افتح لي ولسائر المسلمين بسلوك الطريقة المحمدية والشريعة القويمة الاسلامية والحمد لله تعالى على حسن الختام وله الشكر على مزيد الانعام وكان الفراغ في اليوم السابع عشر من شهر شعبان المعظم سنة احدى واربعين وثلاثمائة والف من هجرة من له العز والشرف وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه اجمعين والتابعين لهم باحسان الى يوم الدين ٠ والحمد لله رب العالمين

ج٥-٦

# اصلاح خطأ

| صحيفة | سطر | خطأ | صواب |
|---|---|---|---|
| ٨ | ٦ | لا تتكلنم | لا تتكتم |
| ٨ | ١٠ | شرح هذه المادة | شرح المادة |
| ٢١ | ١ | اشبركو | اشتركوا |
| ٢١ | ٥ | ببينه | ببينة |
| ٢٢ | ١٢ | بشرط | يشترط |
| ٢٢ | ١٧ | وبثبوته | وثبوته |
| ٣٢ | ٢١ | فى | فن |
| ٣٦ | ١٢ | قالو | قالوا |
| ٣٧ | ٣ | محموده | محمودة |
| ٣٧ | ٧ | ومتعدبه | ومتعديه |
| ٣٧ | ١١ | يعلب | يعاب |
| ٣٧ | ١٤ | وجه الغلط ترك اتمام المادة | والصواب ذكرها كلها وهي يجتنب الحاكم الافعال والحركات التي تزيل مهابة المجلس كالبيع والشراء والملاطفة في المجلس اذا لعادة سوق المادة بتمامها ثم يبدأ بشرحها فقرة بعد فقرة |
| ٣٩ | ٠١ | يقضى | يقتضي |
| ٣٩ | ٢١ | اذا اظهر | اذا ظهر |
| ٥٠ | ١٧ | فيبقان | فيبقيان |
| ٥٣ | ١٦ | ان بيدهم | ان من بيدهم |
| ٧١ | ١٢ | لا بعزر | لا بعذر |

| صحيفة | سطر | خطأ | صواب |
|---|---|---|---|
| ٧٦ | ١٤ | لا يستمع | يستمع |
| ٧٨ | ١٦ | حكى شمس الأئمة | حكي عن شمس الأئمة |
| ٧٩ | ١٦ | وفروعة | وفروعه |
| ٨١ | ٢١ | شهد | شهدا |
| ٨٢ | ١٦ | الطرفين | الطرفين |
| ٨٥ | ٢١ | في زمانا | في زماننا |
| ٨٦ | ١٠ | وافقا | واقفاً |
| ٨٦ | ١٧ | موطنها | مواطنها |
| ٨٧ | ١٢ | اشخصه | شخصه |
| ٩١ | ٠٧ | مصدقه | مصدقة |
| ٩١ | ١٢ | يجدو | يجد |
| ٩١ | ١٣ | يستوجب | يستجوب |
| ٩٣ | ٠٧ | وعاذاتهم | وعاداتهم |
| ٩٤ | ١٥ | الامنية | الامينة |
| ٩٤ | ٢٢ | يصنعه | يضعه |
| ٩٤ | ٢٦ | فيوصع | فيوضع |
| ٩٥ | ١٣ | وحولهم | وحلوهم |
| ٩٦ | ٠٤ | البالع | البالغ |
| ٩٦ | ١١ | فيه | فيها |
| ٩٦ | ٢٢ | يسوغ | لا يسوغ |
| ٩٦ | ٢٤ | لاقرار | الاقرار |
| ٩٨ | ٠٦ | في ولايته | في ولاية |
| ٩٩ | ١٦ | ببينته | ببينة |
| ١٠٠ | ٠٥ | لان | لِأَنَّا |
| ١٠٠ | ٠٩ | الشاهد | الشهادة |

| صحيفة | سطر | خطأ | صواب |
|---|---|---|---|
| ١٠٣ | ٠١ | تنسى | تنس |
| ١٠٤ | ٠٩ | زمة | ذمة |
| ١٠٧ | ١٤ | يثبت | يثبت |
| ١٠٨ | ٠١ | لبعلة | ليعلة |
| ١٠٩ | ١٧ | يحمها | يجدها |
| ١١١ | ٠٢ | عق | عن |
| ١١١ | ٠١ | لا يحلف | لا يحلف |
| ١١٣ | ١٩ | شاهدا او احدا | شاهدا واحدا |
| ١١٤ | ٢١ | النفض | النقض |
| ١١٩ | ١٥ | بان | بأن |
| ١٢١ | ٠٨ | اقرار | اقراراً |
| ١٢٥ | ٠٩ | خيرة : الصلح | خيرة الصلح |
| ١٢٥ | ١٢ | الضان | الضمان |
| ١٢٧ | ١٤ | اناء | الاناء |
| ١٣٤ | ٢٠ | ويدعل | ويدخل |
| ١٣٩ | ٠٢ | المتعدد | التعدد |
| ١٣٩ | ٠٢ | او الواحد | او لواحد |
| ١٣٩ | ٠٧ | خمسة ثم فقط | خمسة فقط ثم |
| ١٤١ | ١٣ | احداها | احداها |
| ١٤١ | ٢٥ | جميع | جميعا |
| ١٤٢ | ٠٩ | عدالتها | اعادتها |
| ١٤٣ | ٢٦ | قتل | قبل |
| ١٤٨ | ١٤ | كفيل | كفل |
| ١٤٩ | ١٩ | نصب | تعصب |
| ١٤٩ | ٢٤ | الاقريض | الاقراض |

| صحيفة | سطر | خطأ | صواب |
| --- | --- | --- | --- |
| ١٥٣ | ٠٩ | وامر | امر |
| ١٥٣ | ٢٢ | وعنه | عنه |
| ١٥٤ | ١٠ | والارلويه | والاولوية |
| ١٥٥ | ١٢ | يكون | بكون |
| ١٥٥ | ١٢ | الزمة | الذمة |

# فهرست الجزء السادس

صحيفة

صحيفة

٢٠—٦